



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La transferencia de cuotas ideales como negocio
indirecto en las urbanizaciones informales. Su
implicancia en el registro de predios de Lima**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Jackson ALARCÓN LLANGE

ASESOR

Emma PALACIOS CASTILLO DE SANDOVAL

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Alarcón, J. (2021). *La transferencia de cuotas ideales como negocio indirecto en las urbanizaciones informales. Su implicancia en el registro de predios de Lima*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Hoja de metadatos complementarios

Código ORCID del autor	“—”
DNI o pasaporte del autor	09771271
Código ORCID del asesor	https://orcid.org/0000-0001-5618-1777
DNI o pasaporte del asesor	25777713
Grupo de investigación	“—”
Agencia financiadora	Recursos propios.
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación	LIMA, PERÚ Latitud: -12.0453, Longitud: -77.031112° 2'43" Sur, 77°1'52" Oeste.
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2015-2021
Disciplinas OCDE	DERECHO https://purlorg/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veintiuno, siendo las dieciocho horas, bajo la Presidencia del Dr. Juan Alejandro Espinoza Espinoza y con la asistencia de los Profesores Dr. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi, Mg. Oscar Alberto Huerta Ayala, Mg. Emma Palacios Castillo, Mg. Oreste Gherson Roca Mendoza y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Jackson ALARCÓN LLANGE**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LA TRANSFERENCIA DE CUOTAS IDEALES COMO NEGOCIO INDIRECTO EN LAS URBANIZACIONES INFORMALES. SU IMPLICANCIA EN EL REGISTRO DE PREDIOS DE LIMA”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de muy bueno con nota diecisiete (17)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho don **Jackson ALARCÓN LLANGE**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecinueve horas con veinte minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Juan Alejandro ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
Profesor Principal

Dr. Enrique Antonio VARSÍ ROSPIGLIOSI
Jurado Informante
Profesor Principal

Mg. Oscar Alberto HUERTA AYALA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Mg. Emma PALACIOS CASTILLO
Asesora
Profesora Invitada

Mg. Oreste Gherson ROCA MENDOZA
Miembro
Profesor Invitado

JURADO

DEDICATORIA

Dedicado a Normalf y Rosalmar, porque más aprendí yo de ustedes.

AGRADECIMIENTO

A los entrañables amigos que apoyaron este emprendimiento, especialmente a Luchito Ch.

ÍNDICE GENERAL

CARATULA	i
JURADO	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE GENERAL.....	v
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
i. Situación Problemática.....	1
ii. Formulación del problema.....	2
iii. Hipótesis	3
iii. a. Hipótesis Principal.....	3
iii. b. Hipótesis Secundarias.....	3
iv. Objetivos.....	4
iv.a. Objetivo general.....	4
iv.b. Objetivos Específicos	4
v. Metodología aplicada	5
CAPITULO 1: MARCO TEÓRICO / ESTADO DE LA CUESTION	6
1.1. Antecedentes de la investigación.....	6
1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema y	

orientación jurisprudencial en torno a la aplicación normativa	8
CAPITULO 2: TOMA DE POSTURA / SOLUCION / TESIS / CONTRASTANDO	
LA HIPOTESIS	13
2.1. Análisis, interpretación de la información.....	13
2.1.1. Estudio de las instituciones jurídicas de derecho civil relacionadas con la transferencia de cuotas ideales en habilitaciones urbanas informales	13
2.1.1.1. Negocio Jurídico.....	13
2.1.1.2. La transferencia de cuotas ideales como negocio simulado	24
2.1.1.3. Transferencia de cuota ideal y bien futuro	29
2.1.1.4. Negocios indirectos y fiduciarios.....	42
2.1.1.5. Transferencia de cuota ideal y fraude a la ley	44
2.1.1.6. Análisis de la copropiedad generada en el registro	54
2.1.2. Estudio de las instituciones de derecho urbanístico vinculadas a la transferencia de cuotas ideales.....	71
2.1.2.1. Sobre el derecho urbanístico	71
2.1.2.2. Estatutos y función social de la propiedad	74
2.1.2.3. Planificación urbana	79
2.1.2.4. Naturaleza jurídica de los planes urbanos	80
2.1.2.5. La habilitación urbana	82
2.1.2.6. Habilitación urbana de oficio	85
2.1.2.7. Habilitación urbana y transferencia de cuotas ideales la prueba diabólica	
2.1.2.8. El reglamento de formalización de la propiedad informal de las	

urbanizaciones populares.....	96
2.1.3. Análisis de las instituciones vinculadas al derecho registral	98
2.1.3.1. El registro y su finalidad.....	98
2.1.3.2. Asiento registral versus título archivado	104
2.1.3.3. Seguridad jurídica-propiedad-libertad.....	110
2.1.3.4. La publicidad del negocio jurídico indirecto	113
2.1.3.5. Negocio jurídico indirecto y ciudad informal.....	118
CAPITULO 3: CONSECUENCIAS	124
3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta.....	124
3.2. Beneficios que aporta la propuesta.....	125
CONCLUSIONES	126
RECOMENDACIONES	128
PROPUESTA No 1	128
PROPUESTA No 2	130
PROPUESTA N° 3.....	131
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	137
ANEXO	142

RESUMEN

La copropiedad ha sido entendida como un régimen transitorio costoso e ineficiente; por ello, llama la atención que en el Registro de Predios de Lima se utilice esta figura legal con mucha frecuencia. Podría pensarse que la teoría es errada y que el sistema de copropiedad en verdad es deseable y eficiente; sin embargo, cuando analizamos los contratos con los que se configura este régimen encontramos que ello no es así. Se dice que se adquiere una cuota ideal, cuando la intención de las partes es adquirir una parte material del predio. Lo que sucede es que se utiliza esta figura legal con fines indirectos, es decir, se constituye el régimen de manera instrumental y transitoria, sólo para poder acceder al Registro Público. De no hacerlo así, el Registro deniega el acceso al contrato.

Lo que finalmente se produce es la publicidad incompleta de los contratos y con ello “se esconde” parte de la realidad. Nos preguntamos si en este contexto el Registro cumple con la finalidad de otorgar seguridad jurídica a los derechos inscritos, si reduce los costos de transacción y fomenta el intercambio sano de los bienes y con ello la creación de riqueza. Nuestra respuesta es negativa y la basamos en razones históricas, económicas y jurídicas. Proponemos por tanto una interpretación de los contratos que permita su acceso al Registro, conforme a la voluntad de las partes; así como un marco legal que le dé soporte.

Palabras Clave: Cuota ideal, copropiedad, simulación, bien futuro, negocio jurídico indirecto, partición, prescripción adquisitiva de dominio, asiento registral, regularización, planificación, habilitación urbana, seguridad jurídica, ciudad informal.

ABSTRACT

Joint ownership has been understood as an expensive and inefficient transitional regime; therefore, it is striking that this legal figure is used very frequently in the Land Registry of Lima. It could be thought that the theory is wrong and that the system of joint ownership is really desirable and efficient; however, when we analyze the contracts with which this system is set up, this is not the case.

An ideal quota is said to be acquired when the intention of the parties is to acquire a material part of the property. What happens is that this legal figure is used for indirect purposes, that is, the regime is constituted in an instrumental and transitory way, only to be able to access the Public Registry. If not, the Registry denies access to the contract.

What finally occurs is the incomplete exposure of the contracts and so, it "hides" part of the reality. We wonder if in this context the Registry fulfills the purpose of granting legal certainty to the registered rights, if it reduces transaction costs and encourages the healthy exchange of goods and with it the creation of wealth.

Our answer is negative, and we base it on historical, economic and legal reasons. We, therefore, propose an interpretation of the contracts that allows them to access to the Registry, in accordance with the will of the parties; as well as a legal framework that supports it.

INTRODUCCIÓN

La doctrina jurídica tradicional, romanista, ha entendido el régimen de copropiedad como uno transitorio, costoso e ineficiente. Por ello, llama poderosamente la atención verificar en el Registro de Predios de Lima el uso masivo de figuras legales que generan este tipo de propiedad común. No es difícil constatar la presentación recurrente de actos de transferencia de cuotas ideales o de acciones y derechos de predios rústicos no habilitados para uso urbano, que generan extensos y complejos regímenes de copropiedad con cientos de titulares. Es la tragedia de lo común, en términos del biólogo norteamericano G. Hardin (1968), quien sostuvo que: “*La explotación común de los recursos pone en riesgo su sostenibilidad, llegando incluso a un resultado trágico: su pérdida total*”¹.

Pruebas al canto, si se recorre la ciudad, ya sea hacia el norte, el centro o al sur, se advertirá la existencia de numerosos asentamientos poblacionales con carteles que publicitan como titulares a “Asociaciones de Vivienda”. Son verdaderas lotizaciones, informales, que vienen configurando el nuevo rostro de nuestra ciudad. No obstante, no son invasiones de terrenos en propiedad pública o privada, sino un fenómeno distinto. Nos explicamos:

Una persona, natural o jurídica, adquiere una gran extensión de terreno rústico² e inscribe su derecho como propietario en el Registro de Predios. Luego, proyecta una habilitación urbana, es decir, fracciona físicamente el terreno en lotes más pequeños, considera calles, vías y, eventualmente, áreas públicas diversas para recreación y servicios de los adquirentes de los lotes. Evidentemente, esto no puede hacerse sin la ayuda de un “planificador”, que normalmente será un ingeniero o un arquitecto urbanista.

¹ La explotación indiscriminada de los bienes, en ausencia de títulos de propiedad definidos, es el presupuesto de lo que se denomina “tragedia de comunes”. La multiplicidad de titularidades que hacen ineficiente la explotación de los recursos es, más bien, uno de “tragedia de anticomunes” (Heller, 1998). El caso que analizamos puede verse desde ambas perspectivas. Respecto del bien, ningún copropietario tiene la posibilidad de excluir al resto de la explotación del bien común (todos son dueños de todo). Respecto de la toma de decisiones, todos tienen derecho de veto, por tanto, se hace más difícil la toma de decisiones, “donde hay demasiados derechos de exclusión que nos conducen al inmovilismo de la propiedad, y con ello, al inmovilismo económico (Bullard, 2016).

² Por terreno rústico se debe de entender a aquél que no ha sido habilitado para uso urbano, a través de los procedimientos legales previstos para tal efecto.

Por múltiples razones, entre las que pueden citarse los problemas de zonificación, los complejos, engorrosos y costosos procedimientos de la habilitación urbana, la corrupción, la existencia de mafias y traficantes de terrenos, etc. no se obtiene de la Municipalidad competente, la licencia para realizar la soñada habilitación urbana, ni siquiera en su primera etapa, en la que se proyecta la lotización o fraccionamiento del predio matriz. Por lo tanto, tampoco será posible su inscripción en el Registro de Predios. Legalmente, entonces, se dice que los lotes no existen: el Derecho no los reconoce. Sin embargo, y a pesar de ello, dada la alta demanda por adquirir lotes urbanos (aún sin sanear), vendedores y compradores se ponen de acuerdo para la realización de la transferencia. Como los lotes no existen “formalmente”, en los contratos de transferencia se ha venido utilizando “informalmente” una figura jurídica que permite su acceso al Registro Público, con el fin de obtener alguna protección del sistema legal respecto de su titularidad. Así, se ha diseñado un contrato de transferencia de cuotas ideales del terreno matriz en el que se incluye la cláusula de futura correspondencia con una parte material específica (lote) “cuando se realice y se inscriba la habilitación urbana”.

En realidad, son lotes específicos los que se transfieren y poseen. Así lo declaran ante los municipios. Con esa indicación adquieren los servicios de agua, luz, telefonía, cable, gas; se vuelven a transferir a terceros, los ofrecen en garantía, etc. En los hechos, ya no existe un terreno matriz de gran extensión, sino pequeños lotes individuales además de espacios públicos como calles, vías y equipamiento urbano (parques, lotes para educación, salud, puesto policial, etc.). Esto es fácilmente contrastable cuando se visualiza el área del predio matriz desde plataformas como Google Maps o Google Earth. Como puede advertirse, se convierten “de hecho” en parte de la ciudad, aunque de modo informal o marginal. Esto es, sin reconocimiento legal.

Se ha indicado que el hecho materia de estudio no está referido a las invasiones de terrenos públicos o privados, aunque podría decirse que se trata de fenómenos emparentados. En el primer caso, el derecho de propiedad no existe, al menos inicialmente. Como lo indica Webb (2006), en las invasiones el derecho se “construye” a través de un conjunto de elementos como son la construcción, la permanencia, el transcurso del tiempo, el pago de tributos y servicios, etc. Incluso se produce la

inversión del principio de accesión según el cual: “el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él” (Artículo 938 del Código Civil), esto es, se presume que el propietario del terreno, lo es también de la construcción. En las invasiones, en cambio, se presume que el propietario de la construcción lo es también del terreno (Ghersi).

En los casos que analizamos se sigue un proceso distinto que inicia con el título formal inscrito de un predio rústico matriz a favor de un titular (puede ser una persona natural o jurídica), quien lo urbaniza informalmente, es decir, sin contar con las autorizaciones municipales exigidas legalmente que permiten lotizar o fraccionar el predio; luego se utiliza la figura de la transferencia de cuotas ideales, pues ella permite su inscripción en el registro público y en esta línea se inscriben los subsiguientes actos secundarios. Cuando se regulariza la habilitación urbana y se pretende la titulación y registro individual del lote, se exigen los mecanismos para la extinción de una copropiedad ordinaria, lo cual, se evidencia en el Registro, es de muy difícil o casi imposible cumplimiento (prueba diabólica). Y es que la utilización de la figura de la transferencia de cuotas ideales o de derechos y acciones del terreno matriz, trae como consecuencia que el Registro publicite un régimen de copropiedad extenso y complejo, según el cual cada adquirente no es propietario de un espacio o lote específico, sino “comunero” o “copropietario” de todo el predio matriz. Al aplicar las reglas de este régimen jurídico, todos son dueños de todo y nadie es dueño de una parte material específica.

La lógica del Registro, en su primera y segunda instancia es la siguiente: es inscribible el contrato que diga que se transfiere “cuotas ideales” o “derechos y acciones” del predio matriz, prescindiendo de la referencia a un lote o porción de tierra específica pues esta parte del contrato es meramente incidental y constituye una condición a cumplirse a futuro. Así, se inscribirán tantas transferencias de acciones y derechos como lotes existan en la futura urbanización, generándose y publicitando un sistema complejo y extenso bajo las reglas de una copropiedad ordinaria, en el fondo, no deseada (al menos como permanente).

Es en el propio Registro y, antes aún, en las notarías, donde se les instruye a los contratantes que, si no han partido o lotizado legalmente el inmueble, pueden

transferir cuotas ideales para poder acceder al Registro. Finalmente, se publicitará lo que la doctrina denomina “comunidad de bienes” o *proindiviso*, es decir, una situación jurídica en la que el derecho de propiedad de los titulares recae por cuotas ideales sobre la integridad del predio matriz y no sobre una parte material del mismo; aun cuando en el contrato se consigne la correspondencia de la cuota transferida con el — legalmente inexistente— lote.

El típico ejemplo de la comunidad de bienes es el caso de las sucesiones indivisas, la medianería o el de copropiedad sobre bienes comunes en un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, en los que, al menos en el momento inicial o de configuración, no es posible determinar la parte material que le toca a cada comunero; situación que desde ya se contrapone al caso materia de análisis, en el que la comunidad es sería más bien una *pro diviso*, puesto que desde el primer momento se establece la correspondencia exclusiva de la cuota con la parte material (se indica la ubicación y descripción completa del lote) a través de la utilización de las denominadas “clausulas obligacionales”, “sin relevancia registral” o de “partición futura”. Es evidente que el Registro acoge estos negocios ficticios, simulados o indirectos, a sabiendas de lo que está sucediendo en la realidad.

El asunto se complica cuando en la partida matriz se inscriben cientos de transferencias de cuotas. Una vez obtenida e inscrita la habilitación urbana, se independizan cada uno de los lotes a favor de todos los cotitulares. En cada partida individual se trasladan además los diversos actos posteriormente inscritos, sea que estén referidos a gravámenes o afectaciones voluntarias o impuestas: embargos, hipotecas, demandas, incautaciones, etc. o a actos de transferencias de dominio: sucesiones testadas, intestadas, ulteriores transferencias o ejecuciones judiciales, referidas a las cuotas de todos los titulares. En este escenario, el adquirente de una cuota se convierte de copropietarios de decenas o cientos de lotes y para hacerse propietario individual del suyo, según el contrato original, el Registro requiere de la presentación de un nuevo título de División y Partición suscrito por todos los copropietarios y de los acreedores (cuando los hay), lo que en la práctica es, en la mayoría de los casos, literalmente imposible.

Como puede advertirse, se ha generado una compleja situación que afecta el verdadero derecho de propiedad adquirido, que le resta liquidez y perjudica el tráfico y la seguridad jurídica. Se crea una situación *sui generis*, donde el derecho inscrito, por excelencia seguro, es en verdad, precario, en la medida que los actos “queridos” no son los oponibles a terceros. Finalmente se genera un problema social, pues las ciudades creadas bajo estos mecanismos no son sino una expresión más de la informalidad y marginalidad de la que nos quejamos hace décadas.

Cuando se inició esta investigación se sostenía que, en determinados contextos, las transferencias de cuotas ideales o de acciones y derechos de predios rústicos eran actos simulados que escondían otro real y oculto. Luego de revisar diversos textos de derecho civil, registral y urbanístico, y de analizar numerosas partidas registrales, se concluyó que la tesis planteada inicialmente no era la correcta: nos encontramos ante lo que la doctrina ha denominado “negocio jurídico indirecto”. Es decir, la utilización instrumental de un negocio jurídico, para alcanzar el fin económico propio de otro. La transferencia de cuotas ideales sólo son mecanismos instrumentales y transitorios para acceder al Registro Público, de allí que su vinculación con la propiedad del lote no es “separable” como erradamente se cree y se publicita en el Registro de Predios.

Muchas veces se estudia el derecho únicamente a partir de lo que dice la legislación, con apoyo en la dogmática para la labor de interpretación. Se olvida que el derecho es fundamentalmente una técnica, una herramienta para resolver problemas concretos. Así, se desvincula —casi inconscientemente— el derecho de la realidad que pretende regular; se intenta que el hecho calce o se adecue a un determinado tipo legal, y cuando ello no ocurre se dice que “no hay Derecho” o que el acto “no es legal”. El problema que plantea esta tesis es uno en el que precisamente se revela este otro modo de ver el Derecho.

El tema se ha venido estudiando desde diversas ópticas como la Antropología, la Economía y el Urbanismo. Desde el Derecho, existen artículos e investigaciones sobre la propiedad informal en general, pero no se ha encontrado tratados o estudios específicos sobre el caso planteado, por lo que hemos convenido en reexaminar viejas figuras jurídicas como la simulación, la transferencia de bien futuro y el negocio jurídico indirecto, que creemos nos ayudarán a comprender mejor el fenómeno. Las

resoluciones administrativas del Tribunal Registral han abordado estos temas y serán examinados críticamente.

El problema es analizado desde la perspectiva del Derecho Civil, Urbanístico y Registral, respectivamente, dentro del capítulo 2, en tres partes consecutivas. Finalmente, planteamos algunas posibles fórmulas de solución que incluyen modificaciones legislativas en el ámbito Civil, Notarial y Registral que se espera sean de utilidad.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación Problemática

Dado el alto índice de inscripciones de transferencias de cuotas ideales en partidas matrices³ que corresponde a terrenos rústicos en el Registro de Predios de Lima, en los que se incluyen cláusulas denominadas “obligacionales”, “sin relevancia registral” o de “partición futura”⁴; esto es, donde se establece de inicio la correspondencia con una parte material del predio; sostenemos que dichos actos constituyen en realidad “negocios jurídicos indirectos”, es decir, se utiliza la figura jurídica “transferencia de cuotas ideales” de manera instrumental con la finalidad acceder al Registro Público y alcanzar la protección –indirecta— de la adquisición del lote.

El estudio se realiza en un contexto específico: El Registro de Predios de Lima. Puede decirse resumidamente que las transferencias de cuotas ideales “esconden” otro acto subyacente, cual es la transferencia de “lotes” o partes materiales de un predio matriz no reconocidas en un proceso de habilitación urbana regular. Bajo esta modalidad es que se vienen formando y/o expandiendo nuestra ciudad; asentamientos humanos enteros que se constituyen al margen de las disposiciones legales vigentes.

El especial interés en alcanzar la inscripción de estos actos en el Registro de predios radica en la protección indirecta del acto final querido (transferencia del lote), a través de la inscripción del negocio indirecto (transferencia de cuota ideal), lo que se alcanzaría invocando los principios registrales de “prioridad”, “publicidad”, “oponibilidad”, “legitimación” y “buena fe registral”.

Con la inscripción de las múltiples transferencias de las cuotas se publicita un sistema de copropiedad en la partida matriz, por lo tanto, se le aplican las reglas correspondientes a dicha situación jurídica, generando efectos que no son los “queridos” por las partes (habida cuenta que el régimen se ha creado sólo de manera

³ Entenderemos en el presente estudio por partida o predio matriz, a aquella partida registral de donde se derivan los lotes o unidades inmobiliarias resultantes de un proceso de habilitación urbana o lotización.

⁴ En la cláusula de partición futura las partes de inicio establecen la correspondencia de la alícuota con un lote específico, luego del proceso de habilitación urbana.

instrumental y transitorio), como por ejemplo la aplicación del derecho de preferencia y retracto, la imposibilidad de declarar la edificación y de constituir nuevos regímenes de propiedad exclusiva y común, la afectación impositiva de cargas y/o gravámenes sobre las cuotas que finalmente afectarán a todos los copropietarios, etc.

Sin perjuicio de lo señalado, la seguridad que genera este sistema de copropiedad es sólo parcial, pues está referido únicamente al acto que llamaremos “medio” o “instrumental” y no al acto final. Incluso podría decirse que la seguridad alcanzada se pierde con la inscripción de sucesivos actos, de dominio y gravamen, sobre todo el predio matriz.

De otro lado, esta situación le resta liquidez al derecho, esto es, su utilización como activo en el mercado se vuelve más costoso⁴; lo que a su vez afecta la economía en general. Por lo tanto, se debe de buscar algún mecanismo para publicitar lo que en realidad está ocurriendo a fin de proteger adecuadamente, no sólo a los titulares de los derechos inscritos, sino a los terceros contratantes, además de dinamizar el mercado inmobiliario.

Nótese que el denominado negocio jurídico indirecto puede confundirse con figuras afines como la simulación. La doctrina no ha sido ajena al estudio de estas, las cuales son materia de revisión en el presente trabajo. La Jurisprudencia administrativa registral se ha pronunciado sobre el tema de manera tangencial. Se propone una visión del problema a partir de la figura del “negocio jurídico indirecto” pues creemos que, a través de ella, es posible comprender el problema y plantear una solución adecuada.

ii. Formulación del problema

El objeto de estudio: transferencia de cuotas ideales en habilitaciones urbanas informales, se circunscribe a aquellos negocios jurídicos que han logrado acceder al Registro de Predios de Lima. El problema principal se formula en los siguientes términos:

⁴ En un mercado extenso y de contratación impersonal se da una tensión *—trade off—* entre seguridad y liquidez del derecho de propiedad. (Méndez, 2011, p. 17). El presente caso sería uno límite, en el que la búsqueda de seguridad a través del registro eleva enormemente los costos del “saneamiento” del derecho de propiedad y por lo tanto le resta liquidez.

- ¿Son en realidad negocios jurídicos indirectos las transferencias de cuotas ideales de predios rústicos con cláusulas obligacionales o de partición futura, que se utilizan como medio para acceder al Registro y dar seguridad jurídica -indirecta- a la adquisición de lotes o partes materiales del predio?

Esta situación genera a su vez una serie de problemas secundarios, tales como:

1. Si la copropiedad generada como consecuencia de las sucesivas transferencias constituye una situación jurídica instrumental y transitoria, ¿debe publicitarse como tal en el Registro?
2. ¿La actual legislación permite la publicidad de la transferencia de cuotas ideales, así como de la referencia o vinculación a un lote o parte material de la matriz, como condición futura?
3. ¿Es éste un mecanismo de creación y/o expansión de urbanizaciones informales?

iii. Hipótesis

iii. a. Hipótesis Principal

Las transferencias de cuotas ideales en predios rústicos no habilitados formalmente son negocios jurídicos indirectos utilizados instrumentalmente, pues lo que buscan es la transferencia de lotes no reconocidos en un proceso de habilitación urbana regular.

iii. b. Hipótesis Secundarias

La copropiedad generada como consecuencia de las sucesivas transferencias constituye una situación jurídica instrumental y transitoria y por lo tanto debe publicitarse como tal en el Registro.

La actual legislación permite la publicidad de la transferencia de cuotas, así como de su referencia o vinculación a un lote o parte material de la matriz (condición futura). Ello es necesario, pues de lo contrario se genera una

publicidad registral incompleta que afecta la seguridad jurídica, tanto en su aspecto estático, como dinámico.

Los negocios jurídicos indirectos constituyen mecanismos “informales” mediante el cual se viene creando y/o expandiendo la ciudad (habilitaciones urbanas informales)

De corroborarse las hipótesis, conforme a los elementos estudiados por la doctrina, será necesario un cambio en el tratamiento legislativo y jurisprudencial a los casos planteados.

iv. Objetivos

iv.a. Objetivo general

¿Para qué se realiza la investigación? La investigación pretende encontrar posibles respuestas a un fenómeno socio-jurídico-económico, cual es la utilización de instrumentos legales que encubren fines distintos a los previstos normativamente. En el presente caso, demostrar nuestra hipótesis de que las transferencias de cuotas ideales en las habilitaciones urbanas informales constituyen negocios jurídicos indirectos y, por lo tanto, deben de ser publicitados en el registro como tal. Luego, y dado que el instrumento legal utilizado es “transitorio” buscar un mecanismo adecuado para que se dé la “mutación jurídica” de un modo seguro y con bajo costo.

iv.b. Objetivos Específicos

1. Se pretende demostrar que se debe publicitar la copropiedad como una situación instrumental y transitoria, pues la relación de la cuota ideal con el lote (regulado en los contratos) tiene trascendencia jurídico real.
2. Demostrar que, contrariamente a la interpretación que actualmente se da en sede registral y notarial, sí es posible publicitar la transferencia de la cuota y su vinculación con el lote, a través de la figura de la condición.

3. Demostrar que los negocios jurídicos indirectos son instrumentos de utilización masiva y tradicional en la formación y expansión de las ciudades.

v. Metodología aplicada

La metodología es una de tipo ANALÍTICO y FUNCIONAL. Analítico porque el objeto de estudio: transferencia de cuotas ideales en urbanizaciones informales, viene siendo tratado a partir de figuras e instituciones jurídicas que nos proponemos descomponer y analizar en sus elementos para contrastarlos con la finalidad propia de su construcción dogmática. Funcional porque se contrasta el actual tratamiento de figuras e instituciones jurídicas al caso concreto, para verificar si el resultado de su aplicación se corresponde con la finalidad económica perseguida por los contratantes.

Debe tenerse en cuenta además que el caso planteado es uno “tipo”, es decir, la transferencia de cuotas ideales en urbanizaciones informales viene siendo tratado en sede registral, de la misma forma en todo el país, por lo que no es necesaria la muestra concreta de algún lugar específico.

En cuanto a las técnicas de investigación, éstas son de tipo documental, puesto que analizamos los contratos, partidas registrales y material bibliográfico: textos doctrinales, jurisprudencia, etc.

CAPITULO 1: MARCO TEÓRICO / ESTADO DE LA CUESTION

1.1. Antecedentes de la investigación

Desde el punto de vista antropológico el estudio realizado por Matos Mar (1986), quien plantea el problema de la migración “del campo a la ciudad” en los años 80 y de la concentración de éstos migrantes en asentamientos humanos denominados “barriadas”. La formación de estos asentamientos crea a su vez diversos problemas como los de nueva identidad, revelación del mundo andino en la ciudad, crisis del Estado, etc.; temas que, como es obvio, no pueden ser tratados en este estudio; entonces ¿cuál sería la relación con nuestra tesis? La migración tiene una enorme incidencia con la formación de las ciudades y el proceso de urbanización. En el texto, Matos Mar explica como los nuevos actores de la ciudad crean nuevos mecanismos y circuitos económicos “al margen” de la legalidad para proveerse de bienes y servicios. Hay una crisis del Estado en el sentido que sus reglas no son las que estos nuevos actores aceptan; por lo tanto, crean y a la vez utilizan los mecanismos legales existentes para fines distintos de los que fueron diseñados. Existe entonces en el Perú, dos sistemas jurídicos paralelos: uno oficial reconocido por el Estado y otro popular y marginal autogobernado por sus propias “reglas” y que no sólo no es reconocido por el Estado, sino que es rechazado y combatido.

De Soto, Gherzi y Ghibellini, (1986) sostienen que este “otro” Perú, el informal, no sólo crea sus propias reglas y utiliza las existentes para fines distintos, sino que “lucha” para incorporarse a la formalidad. El estudio, referido a la propiedad, transporte y comercio informal, muestra los esfuerzos que realizan los actores para que esta “normatividad extralegal” sea reconocida oficialmente. Concluye que no reconocer estas reglas extralegales genera un gran costo para el Estado y, por lo tanto, es necesario la “titulación” de estos derechos, es decir, el reconocimiento oficial del Estado de las situaciones jurídicas existentes en la realidad.

De otro lado, Ortiz de Zevallos (1992) incide en la importancia de la planificación en la formación de las ciudades; este nuevo “orden” generado informalmente, ya no es “espontáneo” sino planificado, pero sin control de la autoridad, una planificación al

margen de los requerimientos urbanísticos estatales. Ello trae como consecuencia nuevos problemas como la formación de nuevas brechas entre los ciudadanos de una misma ciudad, más exclusión, inexistencia de espacios públicos, hacinamiento, delincuencia, etc.

Webb, Beuermann y Revilla (2006), señalan que el derecho de propiedad se “construye” a través de un conjunto de elementos como son la edificación, la permanencia, el transcurso del tiempo, el pago de tributos y servicios, la organización vecinal etc. En nuestro caso, se trataría de un proceso distinto, y acaso inverso, que comienza desde la formalidad y va hacia la informalidad: comienza con la titulación del predio matriz no urbanizado formalmente, la inscripción de las transferencias de cuotas ideales su inscripción en el registro público, la realización e inscripción de subsiguientes actos secundarios y finalmente el intento de la titulación y registro individual del lote.

Si bien, los estudios citados se refieren básicamente al fenómeno conocido como “invasiones”, en el que no existe un derecho de propiedad reconocido oficialmente, a diferencia de nuestro caso, en el que, al menos de inicio, existen derechos de propiedad inscritos; sin embargo, ambas forman parte de un problema mayor, cual es, el reconocimiento legal de situaciones irregulares o informales que, de hecho, se encuentran legitimadas.

Desde el Derecho no se han encontrado antecedentes bibliográficos específicos, salvo las reflexiones de los profesores Mejorada (2014) y Arata (2009). El primero, en un trabajo sobre la hipoteca de bienes futuros, en el que cuestiona la calidad de “futuro” de los lotes cuya habilitación urbana aún se encuentra en proyecto. Son los intereses que se generan sobre la base del terreno matriz los bienes que se transfieren y se ofrecen en garantía y, en ese sentido, se trata de bienes actuales y presentes. Arata por otra parte, señala que la transferencia de cuotas ideales con referencia a una parte material de un predio rústico constituye un problema económico y social cuyo costo de saneamiento supera incluso al valor del inmueble mismo, por lo que deben atenderse con un principio de primacía de la realidad que permita el saneamiento de dichas situaciones irregulares.

1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema y orientación jurisprudencial en torno a la aplicación normativa

Existe un consenso en la forma como viene tratándose el problema en sede notarial, registral, e incluso judicial. El tipo de contratos que se presentan al Registro contienen Cláusulas del siguiente tipo:

1. “La ASOCIACION hace constar que en la totalidad del terreno de 180,690.03 metros cuadrados (...) ha iniciado un proceso de habilitación urbana con fines de ejecutar un proyecto industrial, por lo que a la fecha se cuenta con la Resolución de Alcaldía que aprueba los estudios preliminares N° 106-92 MLM/SMDU-DMDU de fecha 30 de junio de 1992, por lo tanto dentro de la relación interna entre la ASOCIACION y el COMPRADOR, el porcentaje de las acciones y derechos que por este contrato se está transfiriendo, llegado el momento de la independización e inscripción de la Urbanización en los Registros Públicos, de acuerdo con el plano aprobado por la Municipalidad N° 007-92, está representado por el lote 09 de la Mz. Y, rubro confecciones, con un área de 200 m², cuyos linderos y medidas perimétricas son las siguientes (...)”
2. “Por el presente documento, “LOS VENDEDORES” declaran que dan en venta real y enajenación perpetua en conjunto, el 0.028631694% (...) del predio descrito en la cláusula primera que precede (...).
Las partes declaran también que **informalmente** la ubicación del terreno materia de transferencia, al no estar independizado, se le conoce para su identificación física como “Lote 03 de la manzana E-5 del Sector II, San Rosa, del Proyecto de Habilitación Urbana de la Asociación de Vivienda Santa Rosa de Valle Grande a definir” (Negrita agregada)
3. “Dado que no existe inscrita la independización, únicamente para efectos de la relación interna de las partes se precisa que las acciones y derechos que se venden (0.7638%) corresponde al lote 21 de la manzana A del inmueble matriz descrito en la cláusula primera y que equivalen a 133,40 m² con los siguientes linderos y medidas perimétricas:
...”

4. “La vendedora da en venta real y enajenación perpetua el 1.34114% de las acciones y derechos del inmueble descrito... Las acciones y derechos representan en el terreno un área útil de 140 m² que se independizará a favor del comprador como lote N° 3 de la Mz. A, con los linderos y medidas perimétricas siguientes: ...”

Estas citas corresponden a contratos que se encuentran inscritos en el Registro de Predios.

En el primer caso se hace referencia directa a la existencia de un “proyecto” de habilitación urbana con indicación incluso de contar con algunas autorizaciones municipales. En el segundo ejemplo se dice que la ubicación del lote es “informal”. Finalmente, en los otros casos, la referencia a la existencia de una habilitación urbana informal no es explícita, empero si bien no se señala que existe un proyecto, se identifica a los lotes con la nomenclatura propia de un predio urbano, es más, cuando se describe su ubicación se indican nombres de calles.

Hay además un sin número de formas en la que se expresa la existencia de una urbanización informal. Un caso bastante gráfico es aquel en el que se dice transferir una cuota ideal representativa de un área determinada, sin embargo, se acredita el cumplimiento del pago de impuestos (cuando este requisito era exigible en el Registro), con recibos de pago expedidos por la Municipalidad competente sobre una fracción específica del terreno, esto es por un lote ubicado en una manzana de una urbanización determinada (resolución N° 738-2008-SUNARP-TR-L del 11/07/2008).

Cuando se presentan los contratos al Registro, solo se califica algunos aspectos de la estructura negocial, bajo el sustento que, lo único relevante para los efectos de inscripción es la transferencia de las cuotas ideales, ya que la indicación de la correspondencia con determinada parte material no tiene trascendencia para los terceros. Se dice también que son pactos de división futura, que solo tienen relevancia *Inter partes*, que son relaciones personales u obligacionales y por lo tanto no inscribibles. Esta interpretación podemos encontrarla en diversos pronunciamientos del Tribunal Registral que reproducimos a continuación:

1. “(...) la equivalencia entre la alícuota transferida (0.028631694%) y la parte material correspondiente (lote 03 de la manzana E-7) responde a un pacto entre las partes que no tiene trascendencia para los terceros, en la medida que la asignación de la parte material implica una división y partición, y que, para efectos de ser publicitada, tendrían que intervenir todos los copropietarios registrales del predio submateria”

Tratándose de transferencia de cuotas ideales, no corresponde publicitar la parte material que representa la alícuota transferida si previamente no se independiza dicha parte material, en virtud del principio de especialidad, y además se adjudica al adquirente vía división y partición (Resolución N° 3046-2019-SUNARP-TR-L del 22/11/2019).

2. “Es procedente la inscripción de transferencia de alícuotas de copropiedad sobre un determinado predio, aun cuando conste en el título la descripción de la porción material de área que representa dichas alícuotas, y por cuanto el acto materia de inscripción no está referido a la inscripción de una independización de una parte del predio (sic), sino al registro del porcentaje o cuota ideal que corresponderá al copropietario adquirente de las acciones y derechos que recaen sobre el inmueble” (Sumilla de la resolución N° 135-2018-SUNARP-TR-A de fecha 02/03/2018)
3. (...) cabe señalar que si es posible que un acto jurídico trate de manera principal sobre la transferencia de acciones y derechos, en cuyo caso la estipulación tendrá por objeto una cuota o porcentaje del bien común, y en la que subsidiariamente se consigna que dicha cuota corresponde a un espacio físico, para cuyo efecto se requiere que este pacto sea considerado de carácter obligacional o, en su defecto, deducirlo de la común intención de las partes, tal como ocurre en los casos en que la cláusula se establece con sentido futuro, esto es que la transferencia de la porción concreta no tiene efectividad actual pues se encuentra supeditada a la posterior partición material del bien (...) [Sétimo considerando de la Resolución N° 698-2009-SUNARP-TR-L del 21/05/2009]

Podemos concluir que, en el Registro, se diferencian dos relaciones jurídicas: la transferencia de la cuota ideal destinada a la formación de un régimen de copropiedad

ordinario, y un “pacto” de correspondencia de la cuota con una parte material a ejecutarse en el futuro. Estas relaciones son separables, pues la primera corresponde a un objeto actual, existente y de naturaleza inscribible, por tratarse de un bien inmueble. El pacto, que se refiere a una futura división y partición a realizarse con los demás copropietarios, es una mención subsidiaria, accesorio o secundaria del acto principal que no tiene relevancia registral y que se realizará cuando se cumpla con los requisitos necesarios para la independización de la parte material representativa de la cuota.

Al respecto, hacemos notar que, no está en discusión si un título con estas características puede o no generar la independización de la parte material que representa la cuota ideal que se transfiere. En primer lugar, porque no forma parte de la rogatoria, esto es, no es solicitado por quienes instan el procedimiento registral y, en segundo lugar, porque no se presentan los documentos que acreditan el cumplimiento del acto previo necesario, como es la inscripción de la habilitación urbana del predio rústico. Como sabemos, es a través de este procedimiento que se reconoce “legalmente” la existencia del lote, cumpliéndose con su individualización, conforme al principio de especialidad o determinación (artículo IX del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos). Lo que está en cuestión es si el dato de la futura correspondencia de la cuota con la parte material contenida en el contrato, debe o no publicitarse en el Registro; si en verdad es esta subsidiaria, meramente *Inter partes* y sin vocación de oponibilidad; si es un pacto cuya efectividad se encuentra sujeto a una condición suspensiva.

En primer lugar, dudamos que la equivalencia de la cuota con el lote no tenga trascendencia para los terceros, pues es con la inscripción de la cuota que, indirectamente, se brinda seguridad jurídica a la adquisición del lote. Tampoco creemos que el “pacto” deba ser separado radicalmente de la relación jurídica a la que necesariamente se integra. Si bien, en principio sólo se inscriben los actos que la ley determina en lista cerrada o *numerus clausus*, nuestra legislación también admite la publicidad registral de situaciones jurídicas personales u obligacionales como las condiciones, vinculadas a los derechos inscritos. Incluso, asumiendo que se trata de un pacto de futura partición, no se entiende porque, cuando se individualizan los lotes

con la inscripción de la habilitación urbana, se requiere de un nuevo título de división y partición con la intervención de todos los copropietarios, cuando de inicio, las partes manifestaran su voluntad de partir y la forma en la que esta se haría. Como señala Espinoza (2008), la condición es usada por las partes para maniobrar los efectos del negocio jurídico y, por ello, hay que diferenciar la condición del negocio jurídico a cuyo efecto se somete. En esta línea y conforme al programa negocial de las partes, pareciera que la condición es una “resolutoria” y no “suspensiva” como se cree, por cuanto, cumplida la condición (consistente en la obtención e inscripción de la habilitación urbana), se produce el cese de los efectos de la transferencia de la cuota (al haber mutado el objeto) para sustituirla por la transferencia del lote.

Como vemos, desde la misma dogmática jurídica puede cuestionarse la interpretación predominante. Más si tomamos en consideración que, conforme a la teoría del negocio jurídico indirecto, la transferencia de la cuota se realiza sólo de modo instrumental y transitorio (negocio medio), como una forma “indirecta” de proteger la adquisición del lote (negocio fin).

CAPITULO 2: TOMA DE POSTURA / SOLUCION / TESIS / CONTRASTANDO LA HIPOTESIS

2.1. Análisis, interpretación de la información

Realizamos un análisis de las instituciones que en la doctrina y jurisprudencia se utilizan para solucionar los casos que venimos planteando, desde el punto de vista del Derecho Civil, Urbanístico y Registral, como el negocio jurídico, la simulación, el negocio fiduciario, el negocio jurídico indirecto, la copropiedad, la prescripción adquisitiva de dominio; la propiedad y su función social, sus estatutos, el planeamiento urbano, la habilitación urbana, la habilitación urbana de oficio; el Registro, su finalidad, la publicidad del negocio indirecto y sus efectos en las habilitaciones urbanas informales.

2.1.1. Estudio de las instituciones jurídicas de derecho civil relacionadas con la transferencia de cuotas ideales en habilitaciones urbanas informales

2.1.1.1. Negocio Jurídico

El negocio jurídico y el contrato son los instrumentos legales del intercambio por excelencia, fundamentales para la satisfacción de los intereses personales y la circulación de la riqueza. Su utilización permite el intercambio de bienes, la prestación de servicios, la constitución de las empresas y la realización de emprendimientos de toda índole. Puede definirse como “la declaración de la voluntad destinada a la autorregulación de intereses propios” o “la creación de un precepto o regla *Inter partes*” (Espinoza, 2010, p. 36).

Sin embargo, las personas comunes y corrientes celebran sus contratos y realizan sus negocios sin necesidad de hacer complejas abstracciones ni conocer los presupuestos o requisitos del negocio o del contrato, pues simplemente los intuyen. Stolfi (1959) afirma que la construcción dogmática del Negocio Jurídico se justifica no sólo en razones de seguridad jurídica y previsibilidad, sino también de justicia y como garantía de la libertad de los ciudadanos. Textualmente:

Una guía segura para la solución de cuestiones particulares y sobre todo demuestra que el Derecho no es un conjunto inconexo de normas técnicas, más

o menos plausibles, puesto que pretende establecer la mejor de entre las varias normas de conducta posibles y suministrar al Juez el criterio más acertado para resolver los litigios, es decir, brevemente dicho, a satisfacer la eterna aspiración del hombre hacia la justicia” , además por ser: “garantía de la libertad del ciudadano (Stolfi, 1959, p. XV,XL).

El significado último del acto celebrado debe ser fiel a la voluntad manifestada por las partes, conforme a los intereses descritos en los contratos y dentro del marco del ordenamiento jurídico general; y no al querer de los burócratas o políticos, quienes a veces pueden realizar interpretaciones extravagantes e incluso irresponsables.

La libertad es el presupuesto para el acto de voluntad destinado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, esto es, la ausencia de coacción ilegítima. El acto libre y voluntario tiene límites, en el sentido de no hacer daño a terceros ni contravenir el ordenamiento jurídico en general.

Analicemos como se encuentra regulado el negocio jurídico en nuestra legislación y cómo se viene aplicando al caso planteado. El artículo 140 del Código Civil señala:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

No encontramos controversia en los requisitos capacidad (1) y forma (4), por lo que nos enfocamos en el análisis del objeto y la finalidad del negocio jurídico denominado transferencia de cuotas ideales o de acciones y derechos con referencia a una parte material o también llamadas con cláusulas obligacionales de partición futura en predios rústicos habilitados informalmente.

a) Análisis del objeto

Sobre el objeto del negocio jurídico, la doctrina ha manejado diversas teorías. Se dice que se encuentra constituido por el contenido del negocio, por sus efectos o por la realidad exterior (bien). Notamos en el caso bajo análisis un "objeto complejo", esto es, no nos encontramos ante una única relación jurídica ni ante un único bien. Espinoza (2010) sostiene:

El objeto del acto jurídico es tanto la situación jurídica (posición que ocupa el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico), la relación jurídica (vinculación entre dos o más situaciones jurídicas) o el bien (la realidad del mundo exterior, material o inmaterial, sobre la cual recae el poder de los sujetos de derecho) materia de la relación jurídica” (p.77).

El objeto física y jurídicamente posible a que se refiere el artículo 140 del Código Civil estará constituido entonces, tanto por las relaciones jurídicas que se crean, como por los bienes objeto de la prestación.

La tesis predominante sostiene que en estos contratos se identifican dos relaciones jurídicas: una de tipo real y, la otra, personal u obligacional. Como sabemos, la primera se refiere al vínculo de la persona con la cosa en una relación de pertenencia, como por ejemplo la propiedad, el usufructo o la servidumbre, y cuya característica principal es ser oponible *erga omnes*. Se dice también que, en este caso, existe un deber de abstención general o una “obligación pasiva universal” que exige el respeto del derecho a todas las personas (Planiol). La segunda se refiere a la relación que vincula a dos personas en un contexto de cooperación, por lo tanto, las obligaciones que se crean son exigibles únicamente *Inter partes*.

Nuestro sistema registral es uno basado en el principio *numerus clausus*, esto es, sólo tienen acceso al Registro las situaciones jurídicas que el código civil o leyes especiales autoricen⁵, y éstas son las que están referidas a los derechos reales. Sólo

⁵ Artículo 2019.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1. Los actos y contratos que constituyen declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
2. Los contratos de opción.

por excepción y autorizado por ley se permite la inscripción de algunas relaciones jurídico-personales con trascendencia real, como es el caso del arrendamiento, los contratos de opción, la reserva de propiedad o el pacto de retroventa. Nos alejamos, en este aspecto, del modelo español del cual somos tributarios, donde se adopta un sistema *numerus apertus*, en el que se permite con base al principio de autonomía de voluntad, la configuración por las partes de nuevos negocios o derechos reales inscribibles. Para ello se requiere “que no se encuentre prohibido legalmente, así como la confluencia de requisitos como: a) la determinación de todos los elementos conformadores del derecho real que se crea, b) que exista una razón o causa justificativa de la especialidad, y c) que se respete el principio de libertad de tráfico” (Valero, 2018, p.33)⁶. No obstante, sin recurrir a la figura de la creación de nuevos negocios o derechos reales, veamos si nuestro sistema legal permite la publicidad de las dos relaciones jurídicas.

Se dijo que la relación real es la referida a la transferencia de la cuota, porcentaje o derechos y acciones del predio matriz y, por lo tanto, es la situación jurídica derivada de esta la que se inscribe (la cuota ideal es un bien inmueble, a tenor de lo establecido en el artículo 885 del código civil)⁷. La indicación de la correspondencia de la cuota con una parte material del predio matriz constituiría sólo una obligación de carácter personal de efectos *Inter partes*, pues depende del cumplimiento de una condición a realizarse a futuro. Siguiendo lo señalado por el Tribunal Registral, cuando esta se dé, no se produce la inmediata mutación jurídica del objeto del negocio (alícuota por parte material), sino que debe de determinarse en un negocio posterior de división y partición con intervención de todos los cotitulares.

-
3. Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
 4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.
 5. Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
 6. Los contratos de arrendamiento.
 7. Los embargos y demandas verosíblemente acreditados.
 8. Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.
 9. Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.
 10. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro

⁶ En “El Sistema registral inmobiliario español” publicado en: Anuario de Derecho Registral Iberoamericano. Año 3/ N°001/2018.

⁷ Art. 885 del código civil. Son inmuebles

Al respecto, se hace notar, en primer lugar, que el hecho de calificar una relación jurídica como “obligacional” no la inhabilita automáticamente para ser incorporada en el Registro. Como ya dijimos, nuestro sistema autoriza la inscripción de determinadas situaciones jurídicas de naturaleza personal u obligacional, pero, además de ello, se permite la inscripción de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados (artículo 2019.4 del Código Civil) y, como sabemos, las condiciones pueden insertarse en cualquier tipo de negocios. En esta línea, advertimos que la relación obligatoria que se genera, no es una simple declaración de determinación futura de una parte material, sujeta a la voluntad de las partes contratantes; sino que, presupone, como condición, la obligación del vendedor de habilitar el predio para uso urbano y obtener el reconocimiento oficial del lote a través de un acto administrativo expedido por la Municipalidad competente, esto es, realizar el procedimiento de habilitación urbana que incluye la lotización del predio, la instalación de servicios básicos para uso urbano, así como la determinación de los aportes reglamentarios obligatorios. Esta relación, no es objeto siquiera de calificación, pues es separada radicalmente de la transferencia de la cuota.

Sostenemos que, en el caso concreto, esta separación no ayuda a comprender cabalmente el fenómeno; es más, impide conocer a los terceros lo que en la realidad está ocurriendo. Ambas relaciones no son separables y la de carácter obligacional tiene, por decir lo menos, una vocación de oponibilidad. Nos explicamos:

De la redacción de las cláusulas tipo notamos con claridad que ambas relaciones jurídicas: transferencia de la cuota ideal y su correspondencia con una específica parte material, no solo se interrelacionan, sino que dependen la una de la otra; esto es, se trata de la unidad estructural de un negocio complejo. No es que la alícuota pueda representar un lote o manzana distinta al previsto en el contrato original, sino que debe ser aquél que se acordó desde un inicio. Cualquier variación deberá ser nuevamente pactada, teniendo en cuenta además que los futuros adquirentes de alícuotas no hayan convenido en adquirir el mismo lote. No es posible sostener que se compra una cuota ideal *proindiviso*, para constituir un régimen general y ordinario de copropiedad. Por ello, sostenemos que nos encontramos ante lo que la doctrina ha denominado “negocio jurídico indirecto”; esto es, se utiliza la forma contractual de una transferencia de cuotas ideales (derecho real) para poder acceder al registro,

cuando lo que en realidad se persigue es un fin económico distinto: la transferencia de una parte material del predio matriz, lo que sucederá, cuando se cumpla la condición: la habilitación urbana.

Si desde el Registro se decide acceder a la inscripción de este tipo de actos, luego no es posible separar las relaciones jurídicas contenidas en el contrato y publicitar sólo una de ellas. La relación real se ha generado de manera instrumental y la obligación de correspondencia de la cuota con una parte material específica del predio matriz, luego de obtenida la habilitación urbana, es, finalmente, otra ulterior situación jurídico real. Por ello afirmamos que existe una vocación de oponibilidad de la relación personal.

Ahora bien, asumiendo, que la indicación de la correspondencia con una parte material del terreno matriz es un negocio jurídico sujeto a condición suspensiva, debe tenerse en cuenta que el inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil, señala que son inscribibles en el Registro de Predios no sólo los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles, sino el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados; esto es, para que se inscriba el cumplimiento total o parcial de una condición, debe de encontrarse inscrita previamente la condición misma. Es más, el Tribunal Registral en su LXXII Pleno ha establecido que “Es inscribible el acto modal sujeto a condición, siempre que el cumplimiento de ésta implique una modificación en la situación jurídico real del inmueble”. Nos encontramos justamente en este caso, por lo que, sin necesidad de crear un nuevo negocio real, en nuestro sistema, existe norma legal y jurisprudencia que habilita la inscripción y publicidad de ambas relaciones jurídicas. No obstante, como hemos señalado, no es este el tratamiento que sigue la primera y segunda instancia registral.

Respecto a los bienes, encontramos dos: el primero es la cuota y el otro la parte física o lote, luego de producida la habilitación urbana, ambos en una relación de correspondencia futura. ¿Es posible separar estos dos objetos? Lo que queda claro al revisar la masiva presentación de este tipo de contratos, es que la cuota y el lote en realidad sí existen. El lote no es “futuro” en el sentido de su inexistencia material

actual. El lote como porción de tierra susceptible de ser percibido por los sentidos, existe. Lo que se encuentra pendiente es el saneamiento legal del predio matriz, es decir, el reconocimiento jurídico de la lotización o habilitación urbana. En este punto debemos agregar que, autores como Mejorada señalan que la transferencia de lotes en proyecto debe de considerarse como de bienes presentes y no futuros, no por considerar que el lote existe materialmente como porción del terreno, sino porque son los intereses jurídicos que se crean con base al terreno matriz lo que en verdad se está transfiriendo. Sobre este punto volveremos más adelante cuando se analice la transferencia de bienes futuros.

Este objeto por lo demás es jurídicamente posible por lo que se descarta una hipótesis de nulidad, al menos a primera vista, puesto que, puede darse el caso en el que la cuota se corresponda con un lote que se encuentra en un área considerada como patrimonio cultural o histórico, en un área de aportes reglamentarios o en un área intangible o de alto riesgo no mitigable, en cuyo caso la transferencia será nula por imposibilidad jurídica del objeto (no analizamos estos casos).

Desde la interpretación del Registro se podría afirmar que la presentación masiva de estos casos revela que las personas consideran que el régimen de propiedad común es más beneficioso y eficiente que el de propiedad privada individual, contrario a lo que sostiene la teoría tradicional de los derechos de propiedad, que presupone la existencia de un idílico comienzo de propiedad común el cual fue superado por la eficiente propiedad privada individual. De hecho, según la concepción romanista de la copropiedad, ésta es antijurídica y antieconómica, entendida como un estado “transitorio, incidental y de desventaja” (Arata, 2009, p.13). Si esto es así, no es difícil concluir que las transferencias de cuotas ideales en realidad “esconden” otro negocio actual y que la situación de copropiedad que se está generando es solo aparente.

La tesis predominante sostiene que, si bien existen dos relaciones jurídicas, sólo hay un único bien a transferir: la cuota, pues el lote es un bien futuro que no existe aun jurídicamente; sin embargo, que el lote no se haya individualizado a través de un procedimiento formal de habilitación urbana y que por tanto no pueda inscribirse su independización y transferencia en el Registro de Predios es lo que, en la doctrina registral, se denomina: “improcedencia de inscripción por falta de acto previo”; pero

de allí a afirmar mecánicamente de que se trata de bienes futuros, nos parece una conclusión algo apresurada que obedece a la costumbre de entender al Registro con excesivo formalismo, y con atención al principio de seguridad jurídica como dogma en perjuicio de la libertad contractual. El bien existe, ya sea que se considere al lote como parte física o a los intereses que recaen sobre el terreno matriz.

b) Análisis de la causa

La causa es elemento esencial del negocio jurídico; es tal su importancia que se dice: “es el elemento del negocio jurídico que lo hace merecedor de su reconocimiento como tal” (Taboada, 2018, p.907).

Causa y fin no son la misma cosa, aunque el artículo 140 del Código Civil así los considere. Causa, según el diccionario de la Real Academia Española es el fundamento u origen de algo o el motivo o razón para obrar (primera y segunda acepción); fin es el término o consumación de algo (primera acepción). Ihering (1960) afirmaba que:

Mientras la causa se relaciona con el pasado, el fin abarca lo porvenir. Según la teoría de la razón suficiente, nada en el universo procede de sí mismo. En el mundo físico inanimado todo tiene una causa eficiente que responde a un “porqué”, mientras, en el mundo de los seres animados, el hombre no obra “porque”, sino “a fin de”. La causa final es la razón psicológica de la voluntad. (p.8).

Como vemos, causa y fin son dos conceptos íntimamente ligados e indisolubles en el ámbito de la acción humana. La causa será entonces el resultado que se quiere conseguir con la celebración del negocio jurídico. La doctrina ha desarrollado las concepciones subjetivistas y objetivistas de la causa y dentro de ellas diversas variantes. La primera entiende que la causa es el fin particular que determina la celebración del contrato, esto es, el motivo abstracto o concreto de las partes; mientras que, para la segunda, la causa se identifica con la función económica social del negocio jurídico. Ya Torres (1998) señalaba que “Entender que el Código opta por la teoría puramente objetiva significa seguir una perspectiva demasiado abstracta e infecunda, por cuanto se toma en consideración solamente el fin o finalidad típica que

el ordenamiento jurídico prevé y aprueba” (p. 229). Y en esta línea, Espinoza (2010) agrega:

...más allá de una abstracta función económico-social, tiene una función practica individual, que es sometida por el ordenamiento jurídico a una suerte de filtro de licitud (se entiende, de los negocios jurídicos en concreto), que permite su protección por dicho ordenamiento normativo, así como ofrece una pauta importante para su interpretación (p.81).

Apoyados en estas ideas pasemos a analizar el caso, intentando absolver las siguientes interrogantes: ¿Qué es lo que se busca con la celebración de contratos de venta de cuotas ideales con referencia a una parte material del predio? ¿La finalidad de las partes es únicamente la transferencia de la cuota ideal, o también del lote? ¿Se trata de transferencias de cuotas ideales con cláusulas de partición futura? ¿Es esta una manera de aprovechamiento prohibido del inmueble que encubre un fraude a la Ley?

En primer lugar, advertimos que, de la manera como se encuentran redactadas las cláusulas de los contratos, se revela que la finalidad de la estructura negocial es la transferencia de lotes de terreno -aún- no habilitados para uso urbano. Hacía ese objetivo final apuntan los acuerdos, puesto que, si no fuera así, no habría ninguna necesidad de establecer la correspondencia futura. No debe de perderse de vista que nos encontramos ante un negocio complejo en el que se establece más de una relación jurídica y por tanto más de una causa o finalidad. Precisamente esta es una característica de los denominados negocios jurídicos indirectos: la presencia de -por lo menos- dos causas en una única estructura negocial. Como señala De Castro (1971) “La nota distintiva del negocio indirecto es la consideración otorgada a la finalidad práctica o empírica que se busca con el negocio, y que se distingue de la finalidad típica del negocio utilizado tan sólo como medio para lograr aquella otra finalidad” (p. 450). No existe subordinación de una causa frente a la otra. La relevancia jurídica del fin ulterior o indirecto es de la misma intensidad que el de la causa del negocio medio.

No obstante, en el caso, las instancias registrales asumen un criterio exclusivamente “objetivo” de la estructura negocial, según la cual, el fin económicamente perseguido

por las partes se agota con la transferencia de las cuotas ideales, sin tener en cuenta todos los términos del contrato, es decir la segunda relación jurídica, sujeta a condición. Nótese que, si se causaliza la condición, esta debería también inscribirse, a tenor de lo establecido en el ya citado inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil. Existe, por tanto, una contradicción en el criterio imperante cuando se señala que el negocio referido a la transferencia del lote es uno sujeto a condición futura, sin embargo, concluyen que no debe publicitarse, alegando que no hay contenido real en dicha relación. Como hace notar Delgado, citado por Mendoza del Maestro (2017)

...No solamente es inscribible en el Registro el cumplimiento total o parcial de las condiciones, sino también la condición misma de la cual se ha hecho depender los efectos de un acto, (en este caso la cláusula resolutoria), con lo cual, indirectamente ingresa al Registro todo el contenido contractual (p.344).

Criterio que además constituye Acuerdo aprobado por el Tribunal Registral, en el LXXII Pleno, sesión extraordinaria modalidad presencial realizada los días 22 y 23 de marzo de 2011, que establece lo siguiente:

3. ACTO JURÍDICO SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA

“Es inscribible el acto modal sujeto a condición, siempre que el cumplimiento de ésta implique una modificación en la situación jurídico real del inmueble”

El acuerdo se aprueba con una sumilla referida a la condición suspensiva, como precisando que el artículo 2019.4 no sólo se refiere a las condiciones resolutorias, y, como señala Mendoza del Maestro (2017) “independientemente del momento en que se solicite la inscripción, esto es al momento de la celebración del contrato o al momento del cumplimiento de la condición” (p. 342). Llama la atención entonces, la inaplicación de este criterio en el caso que analizamos.

Lo que estaría sucediendo es que los operadores jurídico-registrales “sospechan” que, a través de la transferencia de las cuotas ideales se estaría eludiendo el cumplimiento de normas urbanísticas, por lo que optan por calificar e inscribir parcialmente el contrato únicamente en su contenido real, con la finalidad de no “legitimar” la

urbanización informal. Así, es preferible “hacerse de la vista gorda” de la cláusula de correspondencia de la cuota con el lote, que es el que guarda directa relación con el ordenamiento urbano.

Sin embargo, deberíamos recordar que, de acuerdo con el artículo 2011 del Código Civil, los Registradores se encuentran en la obligación de calificar la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, norma que se encuentra replicada en el artículo V del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos. Ahora bien, el principio de legalidad se refiere a la conformidad del acto o actos rogados con las normas del ordenamiento jurídico que resulten aplicables, entendiéndose las comprendidas en el ordenamiento civil, administrativo, urbanístico, etc. Es evidente entonces que, como parte de la calificación integral del título, debe de analizarse la estructura del contrato presentado al Registro no sólo desde el punto de vista dogmático de las instituciones civiles, sino en su relación con las normas de orden urbanístico. Afirmamos, por tanto, que debe de analizarse también el segundo aspecto del contrato referido a la correspondencia de la cuota con el lote, desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico indirecto y de las instituciones y normativa del derecho urbanístico y registral.

En la legislación comparada, por ejemplo, en el primer y segundo párrafo del artículo 26.2 Del Real Decreto Legislativo 07/2015, Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana española, se establece la vinculación de este tipo de contratos con las normas urbanísticas, así, cuando se presenta al Registro contratos en los que se transfieren cuotas ideales con referencia a una parte material específica, se exigen la presentación de la documentación administrativa que autorice el fraccionamiento del predio matriz. Se sostiene que de no requerir las autorizaciones se estaría dando pase a “fraudes inmobiliarios”. Nos referiremos a este tema cuando analicemos la transferencia de cuotas y el fraude a la ley.

Volviendo a la causa, lo importante es hacer notar que, en el análisis de estos contratos no solamente se debe evaluar la finalidad típica del negocio medio utilizado: transferencia de cuota ideal; sino también la finalidad práctica ulterior -sujeta a condición- que no es otra cosa que la transferencia del lote. En la teoría del negocio jurídico indirecto no se habla de una causa o fin que represente la unidad de los

negocios en juego; ello, sin embargo, resulta innecesario si se advierte claramente su vinculación e interdependencia en las cláusulas contractuales pactadas expresamente por las partes, dentro de un esquema negocial más amplio y complejo.

Según la definición propuesta por Espinoza, la función práctica individual del contrato causa- debe además ser sometida a un filtro de licitud, esto es, no debería haber una norma legal o principio que prohíba este tipo de contratos, así como su inscripción. Adelantamos que en nuestra legislación civil no encontramos impedimento legal alguno, tampoco encontramos prohibición expresa en la legislación urbanística y registral.

2.1.1.2. La transferencia de cuotas ideales como negocio simulado

Según la Real Academia Española (RAE) (2014) En el lenguaje común simulación es “Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es”, es decir, se trata de un encubrimiento de la realidad. En el ámbito jurídico, sobre el negocio jurídico simulado, Ferrara (1960) afirma: “Es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece” (p.43). García Amigo (1979): “En general, consiste la simulación en la creación de una apariencia negocial que no se corresponde con la realidad: se crea una ficción que aparece ante los demás, carente de realidad, de veracidad.” (p.755). Finalmente, en el mismo sentido, Gagliardo (2008) concluye que la disconformidad entre la voluntad interna y su faz externa son pautas configurativas de la simulación, con el objetivo de lograr un engaño a través de la vía instrumental de un acuerdo simulatorio.

Tres son, según Ferrara (1960) los requisitos para que se configure una simulación, a saber:

1. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención
2. Concertada de acuerdo entre las partes
3. Para engañar a terceras personas

Es importante considerar los citados requisitos para diferenciar la simulación de otras figuras como el error, en el que la disconformidad entre la voluntad y su declaración no es deliberada ni querida, o el dolo donde no existe la concertación de voluntades

sino la intención de una de ellas de engañar a la otra para que declare su voluntad en función a lo percibido producto de tal engaño.

Cabe además hacer referencia a la *causa simulandi*. Si, por un lado, la causa en el negocio jurídico aparece como un elemento esencial en tanto constituye la finalidad o razón de la celebración del negocio, la *causa simulandi* “es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a la que corresponde” (Gagliardo; 2008, p. 75). El acuerdo simulatorio es usualmente plasmado en un contradocumento en el que las partes declaran haber realizado un acto simulado, por tanto, carente de causa.

• Tipos de simulación y transferencia de cuotas

El acto es simulado por no querer sus efectos en absoluto o por querer los efectos de otro negocio. Nos estamos refiriendo a los dos tipos de simulación típicos: La simulación absoluta y la simulación relativa. El Código Civil Peruano regula dichas figuras en los artículos 190 y 191⁸, sancionando con nulidad a la primera y con posibilidad de anulación a la segunda. Como indica Ferrara (1960) “es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan solo la “ilusión exterior” que el mismo produce” (p. 173); mientras que el negocio relativamente simulado “consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto” (p. 205), de tal modo que la naturaleza del segundo permanece oculta para los terceros a quienes solo se les da a conocer la apariencia del acto celebrado. Ejemplo de la simulación absoluta es el caso del deudor que enajena sus bienes para evitar el cobro de las acreencias, no queriendo en el fondo celebrar ningún acto jurídico traslativo de dominio, pues incluso se mantendrá en uso y disfrute del bien. Su intención únicamente es publicitar la transferencia ante los terceros y especialmente frente al acreedor, para hacer

⁸ Simulación absoluta

Artículo 190.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo. Simulación relativa

Artículo 191.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

imposible una potencial ejecución forzada del bien. Para el caso de la simulación relativa se tiene el caso de quien transfiere sus bienes a título oneroso, en calidad de venta o a través de una dación en pago, cuando lo que en realidad quiere es celebrar una donación. Lo hace para escapar de las limitaciones a las liberalidades que tienen las personas con sucesores con derecho a legítima. Otro ejemplo es el de la venta con pacto de retroventa que utilizan prestamistas de las casas de empeño para encubrir un mutuo con alguna garantía.

Ahora bien, en la simulación relativa, a diferencia de la simulación absoluta, se configuran simultáneamente dos negocios jurídicos. Por un lado, la faz externa o aparente, que es la que se presenta a los terceros, a quienes se trata de engañar, y de otro, el negocio oculto o disimulado. Morales (2020) afirma:

En la simulación relativa no se limita a crear la apariencia, como en la absoluta, sino que se produce ésta para encubrir un negocio verdadero. Para ello será necesario considerar la unidad de la declaración de voluntad de las partes de sustituir la regla aparente por una diversa, uniendo así la declaración de voluntad de simular y la declaración de voluntad de establecer un reglamento de intereses distinto de aquel contenido en la declaración ostensible.

La vinculación entre los negocios deberá ser determinada para establecer la existencia de la simulación y la posibilidad de supervivencia del negocio disimulado, siempre que este cumpla con los requisitos de validez y no cause perjuicio a terceros.

Queda patente que el caso que examinamos no podría constituir uno de simulación absoluta. La discusión se centra entonces en el supuesto de la simulación relativa, ya que, puede sostenerse que se celebra un negocio jurídico aparente para encubrir otro, que es el que realmente se habría querido celebrar. Así, el negocio jurídico de compra venta de una cuota ideal sería el aparente, el que se inscribe y publicita a los terceros; mientras que la venta de un lote determinado sería el acto encubierto, el negocio realmente querido por las partes. Analicemos el cumplimiento de los tres requisitos indicados por Ferrara.

En primer lugar, notamos que no existe una declaración deliberadamente disconforme con la intención, pues las cláusulas tipo de los contratos analizados establecen expresamente que la voluntad es transferir una cuota ideal (con la consecuente formación de un régimen de copropiedad), pero de manera temporal e instrumental, pues realizada e inscrita la habilitación urbana, la cuota se verá reflejada en un lote específico.

Existe como en cualquier negocio jurídico, una concertación entre las partes, más para la configuración de la simulación esta concertación se realiza con la finalidad de engañar a los terceros, lo que ya se ha tratado cuando se indicó que en la simulación siempre se verifica una *causa simulandi*. No existe en este caso, ocultamiento alguno de las partes, sino todo lo contrario, su intención completamente revelada en el contrato.

Finalmente, en cuanto a la intención de engañar, de generar la “apariencia” de algo que en realidad no se quiere, tenemos que, en el negocio simulado, vale uno, el disimulado, y no el otro, pues es pura apariencia. ¿Es posible sostener que estos casos de transferencia de cuotas ideales de predios matrices constituyan en realidad actos simulados? Si la respuesta es positiva diremos que lo que se está escondiendo es la transferencia de partes materiales determinadas del predio sin habilitación urbana formal; sin embargo, en los casos que analizamos las partes no pretenden ocultar nada, pues exponen con claridad sus intenciones en los términos contractuales. Se pretende la inscripción de una situación transitoria e instrumental, en la medida que no se cuenta con la identificación “formal” de los lotes, y así se indica con toda claridad en los títulos. No existe el engaño típico de la simulación ni la exclusión de los efectos del acto simulado en un contradocumento.

Por tanto, no nos encontramos ante un supuesto de simulación relativa. Podemos decir en cambio que, la intención final de las partes según la estructura negocial del contrato es la transferencia del lote y no de la cuota. Incluso, la razón de este proceder es también señalada en el documento, pues se dice que se transfiere la cuota por ser el único acto inscribible según criterio generalizado de las instancias registrales. Los efectos de la inscripción en el Registro de Predios brindan un grado de seguridad

jurídica para los adquirentes, en comparación con la no inscripción, en cuyo caso, sus relaciones negociales no trascenderían los efectos *Inter partes* y quedarían ocultos.

De otro lado, podría decirse que la separación radical de los objetos del negocio no es consecuencia de una interpretación arbitraria de las instancias registrales, sino que corresponde a la voluntad manifestada de las partes. Ello será así solo si hacemos una lectura aislada de los contratos, sin tener en cuenta la utilización masiva de sus cláusulas tipo, si no se evalúa el desarrollo y sentido histórico de las mismas, ni su relación con las normas urbanísticas. Obedece a la doctrina imperante referida a la separación de los derechos subjetivos en derechos reales y personales, en el que los primeros se inscriben por tener rasgos de inherencia y estabilidad y por ello, vocación de oponibilidad *erga omnes*, mientras que los segundos no, siendo sólo oponibles *Inter partes*. No cabe admitir una situación intermedia, aun cuando, como en el caso, se refieran a situaciones íntimamente vinculadas, cuya trascendencia dependen la una de la otra.

Por lo expuesto, no encontramos un acto aparente y otro oculto, ambos negocios son expresados sin ambages y con claridad. Es en el Registro donde se decide “ocultar” la correlación con el lote, amparados en una fe ciega en la *summa divisio juris* de los derechos subjetivos, en personales y reales. Es el dogmatismo, el miedo a la imposibilidad de la subsunción normativa simple o, el *horror vacui* al que hace referencia Espinoza (2011).

Consideramos que esta solución no es la adecuada, a la luz de lo que venimos exponiendo. En primer lugar, porque no corresponde a la voluntad expresada por las partes; los efectos queridos del negocio jurídico son mutilados por una decisión burocrática arbitraria, que afecta su finalidad misma. En segundo lugar, porque con esta decisión se genera una situación jurídica que no se condice con la realidad. Finalmente, esta “apariencia” no solo eleva los costos de seguridad y liquidez del derecho inscrito, como explicaremos más adelante, sino, además, porque es el caldo de cultivo perfecto del que se aprovechan personas inescrupulosas y mafias organizadas para despojar la propiedad de sus legítimos dueños.

2.1.1.3. Transferencia de cuota ideal y bien futuro

Ulpiano definía los bienes como “las cosas provechosas, es decir, las que hacen feliz al hombre, concepto que se corresponde con la etimología de la palabra, pues la voz bien deriva del latín bene que significa bienestar o felicidad” (Velásquez, 2008, p.4). Un bien puede ser una cosa corporal o incorporeal susceptible de ser valorado económicamente y que puede formar parte del patrimonio de un sujeto. Nótese la diferencia entre los términos cosa y bien. Como expresa Romero (1950): “Por cosas se entienden únicamente los objetos corporales y nada más que ellos, mientras que la expresión bienes comprende además de dichos objetos corporales, los derechos que son inmateriales, resultando así una expresión más amplia” (p.22). Es el Derecho el que transforma la cosa en bien. O, como afirma Varsi (2017): “las cosas al ingresar al mundo del Derecho adquieren la categoría de bienes” (p. 27). Existe consenso en la doctrina al señalar que los bienes pueden clasificarse según diversos criterios en: corporales e incorporeales, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, divisibles e indivisibles, principales y accesorios, simples y compuestos, identificables y no identificables, presentes y futuros. Según esta última clasificación:

“La cosa es presente cuando tiene existencia real al momento de la celebración del negocio jurídico. El automóvil que vendo a Pedro, el apartamento que arriendo, etc. La cosa es futura cuando no existe al momento de la constitución de la relación jurídica, pero se espera que racionalmente exista en el futuro: el ternero que está por nacer, la cosecha que está por venir, la edificación que se va a construir” (Velásquez, 2008, p.58).

Para Santoro, citado por Torres Méndez (2002), la existencia jurídica de las cosas depende de su existencia *rerum natura*, es decir, solo son bienes los presentes. Por otro lado, Biondo Biondi, prescinde del aspecto físico del bien y hace prevalecer la idea del “interés jurídico” como elemento determinante de la existencia del bien, por lo que, el bien futuro es un bien, en tanto pueda recaer sobre intereses jurídicos. Sintetizando, Torres (2002) citando a Rogel Vide señala:

Jurídicamente el «bien» no es solo la entidad ya existente físicamente, sino toda la entidad sobre la cual pueda recaer un interés jurídico, de tal manera que, sobre la entidad no existente físicamente, pero con posibilidad de

existencia futura puede recaer intereses jurídicos y, por ende, susceptibles de ser objeto de derechos (p. 33).

Las características propias de los bienes futuros, según De la Puente y Lavalle (1999) son:

1. Su definición comprende tanto las cosas como los derechos, así como los elementos corporales e incorporeales.
2. Son inexistentes en la realidad al momento de celebrarse el contrato, no obstante, se permite que estén “en germen” como el caso de la cría de cualquier hembra que se encuentre preñada o los frutos de un árbol
3. Existe incertidumbre respecto a la futura existencia del bien, tanto si se trata de pasar de la no-existencia a la existencia o respecto del modo de existir
4. Dicho elemento de incertidumbre debe ser incorporado al contrato y por tanto conocido por las partes, pues de lo contrario acarrearía la posibilidad de ser rescindido por parte del comprador.

Y citando a Bianca, señala que la venta de cosas futuras comprende “1) las cosas que no existen aún *in natura*, 2) las cosas existentes *in natura* que no son propiedad de alguien y que son susceptibles de ocupación; 3) los productos no formados aun en su individualidad económica; 4) los productos naturales aún no desprendidos de la cosa madre e insusceptibles de propiedad separada (De la Puente y Lavalle, 1999, p.48-50). Finalmente, otro concepto importante que nos permitimos citar es el de “individualidad económica”, citado por Torres Méndez (2002) quien se refiere a ella como

La característica o calidad de «terminado» o «acabado» de un bien. Ello se debe a que para su existencia ha sido necesario un proceso de elaboración o producción. El bien presente llega a ser tal, llega a existir, solo cuando se ha agotado o culminado totalmente dicho proceso de producción” (p.369).

En nuestra legislación, específicamente en los artículos 77, 78 y 79 del Código de Protección al Consumidor, se regula la venta de lotes cuyas habilitaciones urbanas se encuentran en proyecto como supuestos de compraventa de bienes futuros. Se asimila

a los casos de compraventa de departamentos en edificios en construcción. En sede registral se sigue el mismo criterio.

No obstante, en nuestro medio, el profesor Mejorada, ha planteado que los contratos sobre lotes aún no habilitados y sobre departamentos aún no construidos, que se encuentran como proyectos, no constituyen supuestos de compraventa de bienes futuros, sino de bienes presentes. En la línea de quienes consideran a los bienes como “intereses jurídicos” señala que es bien todo aquello que está identificado plenamente y sobre lo cual se pretende y se tiene facultades legítimas de exclusión frente a los demás. Si es exclusivo y soporta derechos que se traducen en un provecho económico sobre él, es un bien, y este puede ser material o inmaterial. Añade:

Los proyectos inmobiliarios, cuando cumplen con el detalle necesario para identificar los actos del constructor o proyectista que darán lugar al bien final, los mismos que se traducen en una compleja gama de derechos a favor del adquirente, dan lugar a un bien distinto al bien final que aún no está”.

Finalmente:

“En el interés de los modernos adquirentes se perfila y concreta un objeto que tiene todas las características de un bien actual, distinto de la cosa material que surgirá. Me refiero al conjunto de derechos que el constructor o proyectista ofrece al comprador y que se ubica perfectamente en el tiempo y el espacio. Es justamente esa precisión y detalle lo que hace surgir el interés del consumidor y lo induce casi intuitivamente a buscar mecanismos de exclusión y persecución respecto del negocio que celebra... Preocupado, el comprador, se pregunta por la posibilidad de que otros también quieran lo mismo y exige que se adopten medidas para evitar el concurso. ¿Es que acaso ha surgido un bien que nadie más puede ver o es un espejismo producto del entusiasmo del comprador? Estamos ante un nuevo bien inmueble, el que deriva de los derechos sobre el predio que sirve de base para la edificación (artículo 885 inciso 10 del Código Civil)”.

Hay que precisar, sin embargo, que para el autor la venta de lotes aún no habilitados constituye compraventas de bienes presentes (el bien está constituido por los derechos o intereses especificados en los contratos sobre el inmueble matriz y que son inscribibles), siempre y cuando el proyecto esté aprobado por la municipalidad y el proyectista garantice la culminación de las obras. Esto, acorde con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 29090 -Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones- y artículo 16 de la Norma TH.010 del Reglamento Nacional de Edificaciones, concordado con el artículo 78.2 numeral I, literal a) del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571), que establecen que, en el procedimiento de habilitación urbana con construcción simultánea, se puede solicitar la autorización de venta garantizada de los lotes y que no se permite la venta de lotes para fines de autoconstrucción y/o autogestión (sin licencia).

Esta precisión hace que sólo algunos de los casos que exponemos: las transferencias de cuotas en lotes en matrices que cuenten con licencia de aprobación de habilitación urbana puedan ser considerados como transferencia de bienes presentes. Por nuestra parte sostenemos que, si bien existe norma expresa que señala que se requiere de la licencia para autorizar la venta de lotes, su incumplimiento no acarrea la nulidad del negocio jurídico, pues la ley no lo declara así, y porque no hay, en principio, ni objeto jurídicamente imposible, ni fin ilícito⁹. Además, como desarrollamos más adelante, existe abundante y permanente normatividad que permite “regularizar” la falta de autorización administrativa. La sanción por el incumplimiento se resume en multas. Puede, por tanto, extenderse la interpretación de Mejorada a la transferencia de lotes en urbanizaciones completamente informales (sin licencia para iniciar el proyecto).

Sin perjuicio de lo señalado, notamos que los casos de venta de lotes y departamentos en proyecto son sustancialmente distintos, desde el punto de vista del objeto. En el primer caso, el lote como porción de terreno que se transfiere, aun cuando no haya sido determinado en el Registro¹⁰, existe como realidad tangible, perceptible por los

⁹ Salvo el caso de transferencias que se refieran a lotes ubicados en áreas consideradas Patrimonio Cultural, de Riesgo No mitigable, de protección especial, o que deben ser aportadas al Estado; en todos estos casos nos encontramos ante bienes que se encuentran fuera del comercio, por lo tanto, el objeto es jurídicamente imposible; además podría considerarse ilícito en sus fines, por lo que no cabe reconocer dichas transferencias.

¹⁰ Porque afecta el principio de especialidad o determinación registral, según el cual por cada predio debe de abrirse una partida individual. Se expresa a través de la técnica del Folio Real.

sentidos, siendo además “determinado” o “identificado” en el contrato, cuando se indica su ubicación, área, linderos y medidas perimétricas, de tal manera que no es posible confundirlo con otra porción de terreno dentro de la misma partida matriz. No pasa lo mismo con los departamentos de edificios en construcción, en los que, si bien tienen una base en el terreno, no existen *in natura*, siendo pues bienes futuros en sentido estricto.

Por lo expuesto, se sostiene que no nos encontramos ante bienes futuros en tanto la porción de terreno existe y se encuentra plenamente identificado en el contrato¹¹. Decir lo contrario es una ficción -en sentido inverso- puesto que se asume como cierto algo que se sabe es falso en la realidad. En todo caso, lo que es futuro es la categorización del lote como “urbano”, para lo cual se requiere de la ejecución de obras complejas como vías y servicios básicos, además del reconocimiento administrativo correspondiente.

Cuando se celebra una compraventa de bien futuro propiamente dicho, conocido en doctrina como *emptio rei speratae*, (traducido literalmente significa “compra venta de cosa esperada”)¹², el contrato sólo será eficaz desde el momento en que la cosa tenga existencia real. La compraventa de bien futuro es pues un contrato sujeto a condición suspensiva conforme está previsto en el artículo 1534 del Código Civil ¹³; de lo contrario, si el bien no llegara a existir, el contrato se torna en ineficaz. Ahora bien, el artículo 1532 del Código Civil establece que pueden venderse bienes que puedan existir siempre que sea determinado o susceptible de determinación y cuya

¹¹ Primera y cuarta acepción de lote según el Diccionario de la Lengua Española: 1.m. Parte procedente de la división de algo que debe ser distribuido entre varias personas”. 4. m. Parcela procedente de la división de un terreno destinado a la edificación.

¹² A diferencia del contrato de esperanza incierta o *emptio rei speratae* que trata de un contrato aleatorio, en el que el riesgo de la existencia del bien es asumido directamente por el comprador, en cuyo caso, dada la inexistencia del bien, se encontrará igualmente obligado a pagar el precio al vendedor. Queda claro, que el tipo de contrato bajo análisis no está sujeto al alea, es decir, el azar o a alguna circunstancia fortuita.

¹³ Artículo 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

Artículo 1535.- Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio.

Artículo 1536.- En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio, aunque no llegue a existir.

enajenación no esté prohibida por la ley; esto es, la determinación a que hace referencia la ley se refiere a la cualidad de ser o no identificable.

En los contratos que analizamos se dice que, dada la dualidad del objeto: por una parte, la compra venta de la cuota ideal es actual y presente en tanto la existencia real *in natura* del terreno matriz así como su existencia jurídica publicitada por el registro; por otra parte, un bien futuro respecto a la cláusula de correspondencia hacia un lote determinado, en tanto si bien la porción de terreno existe *in natura*, tal modo de existir no podría reconocerse como actual en tanto esa individualidad no ha sido reconocida “jurídicamente”, sino como una porción conformante de la totalidad del terreno matriz.

¿Qué sucede si no se llega a aprobar la habilitación urbana definitivamente? ¿Puede decirse que el bien no llegó a existir y por lo tanto el contrato es ineficaz? No nos cabe duda de que se trata de un contrato sujeto a condición, pero ésta no es la existencia de un bien futuro sino el cumplimiento de requisitos administrativos necesarios y obligatorios que reconozcan jurídicamente el lote en su individualidad y que permitan su independización en el Registro. La habilitación urbana constituye además un acto previo y necesario, pero el contrato bajo análisis no está sujeto al alea, es decir, el azar o a alguna circunstancia fortuita para la existencia del bien, sino respecto de la realización de la condición.

Por otro lado, en el Registro se da por sentado que la condición de la que hablamos en estos contratos es una “suspensiva”, lo cual, en estricto, tampoco es correcto. En realidad, se trata de una condición “resolutoria” de los efectos de la transferencia de la cuota, para sustituir dicha relación por la transferencia de lote. O, dicho de otro modo, cumplida la condición, esto es la obtención de la habilitación Urbana, cesan los efectos de la transferencia de la cuota y debe producirse la mutación jurídica del objeto de manera automática, conforme el programa contractual previsto por las partes. Espinoza (2010) hace notar claramente que: La condición resolutoria puede ser con eficacia retroactiva, sin eficacia retroactiva y de sustitución de una situación negocial por una nueva regulación. Nos encontramos precisamente en este último caso, de ahí la necesidad de publicitar la correspondencia de la cuota con el lote conforme a los términos del contrato.

Otra de las características del bien futuro es la incertidumbre respecto a su existencia, tanto si se trata de pasar de la no-existencia a la existencia, como respecto del modo de existir. Se dice que las partes conocen que, al momento de contratar, no se tiene certeza de la existencia jurídica e independiente del lote, pues esto se encuentra supeditado a la aprobación de la habilitación urbana y a la recepción de obras correspondiente; esto es, se trataría del “modo de existir” del bien. Nótese la diferencia, el bien futuro sería el lote urbanizado y es en este sentido que podría hablarse de incertidumbre (no absoluta sino, en cierto grado, pues de lo contrario, nadie contrataría).

Ahora bien, no existe en las cláusulas contractuales referencia expresa a la transferencia de un bien futuro, ni al modo de existir del lote, primero como “rústico” y luego como “urbano”. Conforme la interpretación sistemática de las cláusulas, artículo 169° del Código Civil, según la cual “Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”, lo que está claro es que la intención de las partes es transferir la cuota ideal como un medio instrumental para poder acceder al Registro y así dotar de un nivel de seguridad y hacer oponible, indirectamente, la adquisición del lote

Por otro lado, notamos que en la realidad extraregistrar, los lotes se encuentran individualizados (Pueden verse las partidas matrices en plataformas como Google maps o Google earth). Además, se reconocen parcialmente los derechos sobre estos lotes, por ejemplo, cuando se pagan tributos ante la municipalidad: arbitrios, predial, serenazgo; cuando se pagan por los servicios públicos de agua, luz, cable; incluso, cuando se solicitan licencias de construcción. Son los lotes los que se arriendan, se transfieren o se gravan. Por tanto, no es posible seguir sosteniendo que nos encontramos ante bienes futuros cuya existencia es incierta, salvo que queramos ver solamente la literalidad de las normas y de los contratos y no interpretarlos.

Finalmente señalamos que los efectos plenos de la transferencia del lote, una vez realizada la condición, no requerirá de un nuevo acuerdo, en la medida que exista correspondencia entre lo descrito como parte material y el lote reconocido por la

autorización municipal. El mismo título será suficiente para su adjudicación. Arias-Schreiber (1996, p. 42) al analizar la compraventa de bien futuro señala: “...es valor entendido que para que el contrato sea válido será indispensable que su determinación sea posible **sin que se requiera un nuevo acuerdo**, pues en esta hipótesis la obligación de prestación de dar carecería de objeto...” (negrita agregada). Como vemos, aun en el supuesto, ya negado, de considerar el pacto como uno referido a un bien futuro, no se requiere de nuevo acuerdo. En el mismo sentido Rubino, lo señala como nota característica de los negocios jurídicos indirectos.

- **La transferencia de cuotas ideales como negocio jurídico indirecto**

¿A que nos referimos cuando hablamos del negocio jurídico indirecto? Algunos autores prefieren llamarlo negocio jurídico con fines indirectos, en contraposición con el común negocio jurídico directo, en el que las partes confluyen sus voluntades para obtener el fin típico previsto como consecuencia en la norma y que coincide con lo deseado por las partes. Existe entonces en el negocio jurídico directo una identidad entre el fin jurídico y el fin económico querido por las partes, obteniéndose así el segundo a través del primero de forma directa e inmediata. Santangelo (2010, p. 74-89) citando a Zannoni precisa sobre los negocios indirectos que “A diferencia de los negocios jurídicos directos, que tienen por objeto la obtención inmediata del resultado con el negocio mismo, los indirectos exigen el empleo de un procedimiento oblicuo para alcanzar el resultado, que no se podía obtener directamente”.

Se habla de negocio jurídico indirecto cuando las partes de forma consciente y voluntaria celebran determinado negocio jurídico en busca de una finalidad diversa a la que se le ha previsto típicamente. Hay en la estructura de este tipo de negocios un fin mediato, querido por las partes y cuya viabilidad solo ha sido posible a través de la celebración de un negocio al que la ley le atribuye efectos distintos a los perseguidos.

Rubino (1953) define el resultado indirecto como “un resultado de aspecto jurídico exactamente individualizado ajeno al negocio utilizado en el caso concreto, y que, cuando este negocio haya recibido completa ejecución, sustituirá prácticamente en todo o en parte al resultado inmediato del mismo”. Agrega que la finalidad mediata tiene una posición preferente en la determinación de la voluntad de las partes. Y no

solo ello, sino que “el objeto ulterior es expresamente común a los contratantes, no en el sentido de que por una simple coincidencia el mismo motivo esté presente en los diversos sujetos, sino de que el acuerdo de las partes someta el negocio a la función instrumental” (p. 25).

Las primeras referencias al negocio jurídico indirecto se presentaron en la doctrina alemana con Ihering, quien advirtió que algunos negocios de los Derechos Antiguos, y especialmente del Derecho Romano, presentan el aspecto común de que el acto jurídico es aplicado a fines distintos a los primitivos. Josef Kohler (1849-1919) realizó el primer estudio sistemático del asunto postulando las ideas sobre la posibilidad de divergencia entre los fines jurídicos de los negocios causales y sus fines económicos. Posteriormente es introducida a la doctrina italiana a través de Ferrara y Messina, siendo la tesis de este último que los fines ulteriores son un fenómeno existente en la práctica, mas no son desde el punto de vista jurídico apreciablemente trascendentes, sino que permanecen dentro de los límites de la autonomía propia de las partes (Rubino, 1953, p. 3-7).

¿Por qué se utilizan los negocios indirectos? Existen diversos motivos por los que los particulares pueden recurrir al uso de los negocios indirectos. Santangelo (2010) sostiene:

Se ha dicho que el fenómeno del negocio jurídico indirecto se debe a la necesidad de encontrar nuevas soluciones jurídicas que se adapten a la diversidad de circunstancias que aparecen en el mundo de los negocios que no pueden atenderse mediante los tipos tradicionales, porque se requiere la constitución de relaciones jurídicas distintas, adaptadas a la actualidad.

Las personas necesitan de una respuesta jurídica apropiada a sus intereses cuando el ordenamiento imperfecto e incompleto, no responde de forma adecuada a la tutela que solicita el privado. Los negocios indirectos “no nacen como descubrimientos ingeniosos del cerebro de los juristas, sino que vienen de la práctica y del mercado, generalizándose y haciéndose usuales son tolerados y aceptados por la jurisprudencia” (Ferrara, 1960, p.95). Para ello, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de las partes juegan un papel más que relevante en la construcción de dichos negocios,

pues son su fundamento mismo. Ascarelli, citado por Rubino (1953) añade: “...la libertad contractual, reconocida a los particulares como el poder de crear en colaboración con la ley nuevas figuras jurídicas; con mayor razón debe de considerarse como el poder de adaptar las formas conocidas a nuevas funciones” (p.36). Esta libertad no está ajena a límites, pues también pueden configurar fraudes, cuando contravienen las normas de orden público.

Ahora bien, aunque existe controversia en la doctrina respecto de si el negocio indirecto es o no una categoría autónoma dentro del Derecho Privado, la mayoría opina que no lo es. En España, De Castro (1971) la denomina “figura bastarda” y “...negocio clandestino del rodeo astuto y tortuoso para esquivar el mandato de las leyes” (p. 444-447). En Italia, Messineo, Dominedó y Cariota la niegan como categoría dogmática. Reproducimos los fundamentos de Cariota (1956), por su claridad:

Desde el punto de vista de la naturaleza, el negocio indirecto no es otra cosa que el negocio causal, típico, empleado. El fin ulterior (motivo) no altera su naturaleza. Esto autoriza la conclusión de que no puede hablarse de negocios indirectos como categoría dogmática. Añádase que la variedad de los fines perseguibles, la variedad de los negocios elegidos (medio) y la propia variedad de los modos de adaptación y empleo de los negocios típicos para dichos fines (ulteriores y diversos) quitan la posibilidad de tratar los negocios jurídicos indirectos como de una figura jurídica autónoma, segura en sus líneas y productora de efectos jurídicos iguales” (p. 213214).

Podría pensarse como Cariota (1956) que nos encontramos ante una combinación de varios negocios unidos y subordinados a un único fin que va más allá de la causa y del fin típico de cada negocio, en cuyo caso, resultaría inútil la aplicación de esta teoría, ya que el fin ulterior no adquiere relevancia más allá de la causa de cada negocio concreto, con mayor razón si dicho fin ulterior no se hace constar en el contrato, o si se hace y es verdaderamente relevante “se transforma inevitablemente en causa y el negocio no puede considerarse simplemente indirecto, en el sentido que quiere dársele” (De Castro, 2008, p. 451). Por otra parte, Ascarelli, Rubino y Ferrara le reconocen unidad conceptual. Este último señala:

Esta categoría general de negocios podríamos denominarla negocios oblicuos o indirectos, en cuanto para alcanzar un efecto jurídico se sirvan de una vía oblicua, de una callejuela, de un *Schleichweg*, como dicen los alemanes. Esta categoría de negocio se coloca directamente en oposición a los simulados, por el carácter real y viable de la operación llevada a cabo, y son subespecies suyas los llamados actos fiduciarios, fraudulentos y aparentes los cuales sólo se distinguen entre sí por diferencias accidentales” (Ferrara, 1960, p. 100).

Como ejemplos de negocios indirectos suele citarse el caso cuando los herederos celebran entre si actos de transferencia de dominio como venta, donación o permuta pero la finalidad ulterior es la división; cuando se celebra una donación en favor del heredero cuyo derecho ha sido preterido al tramitar una sucesión intestada; el de la venta con fines de garantía -compra venta con pacto de retroventa, fácilmente evidenciable en las casas de empeño- donde la finalidad no es la transmisión del dominio, sino el constituir una garantía de ejecutabilidad inmediata; el de la interposición de persona para una compra venta, donde el vendedor cree efectivamente que se está enajenando su bien a favor del mandatario, cuando en realidad la finalidad es que el mandante oculto ejerza la propiedad; o el supuesto de las sociedades de cómodo, donde pese a existir una aparente pluralidad de socios, el poder y dirección se encuentra en un solo de ellos, negocio que se celebra con la finalidad de limitar la responsabilidad a través de la persona jurídica. Es importante precisar que no siempre dichas figuras se concretan con fines ilícitos o de defraudación.

Para la estructuración del negocio indirecto se necesita según Gabriel de Reina Tartiere citado por Santangelo (2010) lo siguiente: a) un negocio medio, de ordinario concebido y abordado por la legislación, que sería el que las partes celebraran formal y expresamente, y b) un resultado, que, manifestado o no en el cuerpo de aquél, no se enlazaría con ninguno de los efectos que le fueran ordinario. Rubino (1953) agrega que, no obstante, es mayoritariamente aceptada la hipótesis del negocio único, nada se opondría a admitir que el elemento instrumental que se encuentra presente en este tipo de negocio termine dando como resultado a dos o más negocios distintos. En esta

hipótesis no hay subordinación entre los negocios que se hayan configurado, el elemento de conexión entre uno y otro es el fin único al que atienden.

La vinculación existente entre los negocios, materializada en el fin último pretendido por las partes, puede darse a través de simples elementos de hecho o más comúnmente a través de cláusulas expresas, no obstante ello, para su ejecución plena -salvo para el caso de los negocios fiduciarios- es frecuente la necesidad de ejecutar negocios sucesivos, por ejemplo en la venta efectuada por interpósita persona o como en el presente caso de transferencia de cuotas ideales con indicación al futuro lote urbano. Rubino (1953) aclara que “ningún contraste existe con la característica ya enunciada, por la que el negocio medio basta por si solo para la producción del resultado último, así los contratos sucesivos están ya potencialmente contenidos en el primero y representan su ejecución, **que se perfila autónoma, sólo formalmente**” (p.75) (negrita agregada). Ello resulta claro, pues la celebración de un negocio posterior puede deberse únicamente a exigencias formales, no desnaturalizando en absoluto la autonomía del negocio indirecto respecto del típico que fue utilizado como instrumento.

Pasemos al análisis de nuestro caso: los operadores jurídicos separan radicalmente los negocios hasta el punto de desvincularlos totalmente, perdiendo la perspectiva del fin ulterior expresado en los contratos o, de su unidad en un esquema negocial complejo, lo que viene generando una distorsión de la realidad. Se publicita un régimen de copropiedad ordinario y permanente cuando las partes han contratado de manera distinta. Si bien, como hemos señalado antes, desde la legalidad existente, es posible publicitar los negocios real y obligacional contenidos en los contratos, conforme los artículos 219.4 del Código Civil y el tercer acuerdo aprobado en el LXXII Pleno del Tribunal Registral, llama la atención que en sede registral no se admita la inscripción de todas las situaciones jurídicas. En este estado de cosas consideramos que la teoría del negocio jurídico indirecto nos da una perspectiva que permite comprender adecuadamente el fenómeno y buscar soluciones, no sólo a los casos nuevos que recurrentemente se vienen presentando al Registro, sino para aquellos ya inscritos como copropiedad y cuya adjudicación individual se encuentra “entrampada” por la exigencia de nuevos títulos con intervención de cientos de cotitulares, exigencia que en muchos casos constituye la exigencia de una prueba diabólica.

Esquemizamos las objeciones a la separación radical de los negocios presentes en los contratos de la siguiente manera:

1. La voluntad de las partes no es generar un sistema de copropiedad clásico, pues la indicación de la correspondencia con la parte material del predio matriz revela, de inicio, la ausencia del elemento abstracto de la cuota.
2. Entre los negocios jurídicos planteados, si bien uno instrumental del otro, no se plantea, sin embargo, ninguna relación de subordinación, sujeción o jerarquía, como señala Rubino; sino un elemento de conexión entre uno y otro, cual es el fin único de la estructura negocial al que atienden.
3. Hay que tener presente además que, la finalidad del negocio no es únicamente la transferencia del lote, sino su oponibilidad *erga omnes*, a través inscripción registral de ambos negocios, uno germen del otro.
4. Ambos negocios, entrelazados, atienden a un fin que no podrían conseguir independientemente.
5. Finalmente, la separación radical de los negocios hace que el Registro cree derechos de propiedad artificiales.

Por ello, el reconocimiento de que nos encontramos ante un supuesto de negocio jurídico indirecto nos permite una lectura acorde con la intención de las partes y con lo que viene sucediendo en la realidad económica y social del país. Se trata de dos negocios entrelazados, dependientes el uno del otro. La transferencia de la cuota no tiene sentido, sino debido a su correspondencia con el lote; a la vez, la transferencia del lote y su inscripción registral, sólo adquieren cabal protección a través de la inscripción de la transferencia de la cuota.

Hemos sostenido que la necesidad de adecuar las conductas a un supuesto normativo y de uniformizarlas, responde a criterios de seguridad, previsibilidad y justicia; sin embargo, en este afán no puede distorsionarse arbitrariamente la voluntad de las partes y los hechos que se dan en la realidad. Es absurdo pensar que la voluntad se expresa en los tipos legales; de hecho, sus manifestaciones pueden darse en nuevas y múltiples combinaciones ilimitadas de éstos. Por ello, las categorías tradicionales como la simulación, la transferencia de bien futuro o la partición anticipada, resultan

insuficientes para explicar el fenómeno que venimos analizando. Concluimos por ello que el negocio jurídico indirecto sirve como base teórica que nos ayuda a comprender y reconocer un problema recurrente en el Registro, y habilita un tratamiento especial, distinto al que actualmente se viene dando en sede notarial, registral y judicial, y que sea acorde con los intereses económicos promovidos por las partes en sus contratos.

En nuestro ordenamiento jurídico, el negocio jurídico indirecto no ha tenido acogida doctrinal ni jurisprudencial, pues no encontramos un desarrollo orgánico de esta institución. Tampoco ha sido acogida en los ordenamientos italiano y español que hemos venido citando. En la legislación argentina encontramos al negocio jurídico indirecto regulado expresamente en el artículo 385 del Código Civil y Comercial con el siguiente texto: Artículo 385. Acto indirecto:

Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero.

Esta figura es una novedad, pues no se encontraba regulado en el derogado Código Civil, constituyendo ahora una modalidad negocial con recibo legislativo. Al respecto se dice que estos casos se rigen por las normas que regulan el negocio típico y, además, en cuanto no sean incompatibles con aquellas, con las que se refieren a la finalidad perseguida. Produce pleno efecto entre las partes y frente a los terceros solo es oponible el negocio típico.

2.1.1.4 Negocios indirectos y fiduciarios

La doctrina distingue el negocio jurídico indirecto del fiduciario, señalando que nos encontramos ante una relación de género-especie. El negocio fiduciario tiene sus antecedentes más conocidos en el derecho romano, en figuras como la *fiducia cum creditore*, a través de la que se transmitía la propiedad al acreedor con fines de garantía, obligándose a restituir el bien una vez satisfecho el crédito; la *fiducia cum amico* con la que se transmitía la propiedad al fiduciario con la obligación de restitución una vez cumplida alguna condición o determinados fines; y los *fideicomisos testamentarios* mediante el que el testador pactaba con el futuro heredero la transmisión de propiedad a un tercero con el que no guardaba vocación hereditaria.

Resalta entonces en los negocios fiduciarios, al menos desde su concepción romana, un vínculo de confianza en el que transmitía la propiedad, no obstante, no se quiere que ella opere con todos sus efectos puesto que está prevista para otros fines-, quedando sujeta a determinadas condiciones.

Cariota (1956) señala: “Los negocios fiduciarios de tipo romano son aquellos en los que una parte (fiduciante), para un fin reducido, da un amplio poder jurídico a la otra (fiduciario), que asume la obligación (personal) de usar la posición jurídica *real* que se le ha creado, sólo dentro de los límites de aquel fin” y más adelante: “el fiduciante la realiza voluntariamente en tanto en cuanto confía en la *fidelidad* y en la *honradez* del fiduciario; en la confianza en tales cualidades se encuentra el alma de los negocios fiduciarios, de donde precisamente traen su nombre” (p. 197).

La característica del negocio fiduciario es la excedencia del medio utilizado para alcanzar el fin. El adquirente fiduciario puede hacer efectiva todas las facultades que la propiedad le otorgaba. “Si el fiduciario abusa de su posición jurídica y enajena, la disposición es válida, pero está obligada a resarcimiento” (Ferrara, 1961, p.65).

Del Solar (2020, p. 229), citando a Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli señala que los negocios fiduciarios son la especie dentro de la categoría más amplia del negocio jurídico indirecto, textualmente:

El negocio indirecto (...) como categoría en la que está comprendida la figura del negocio fiduciario- puede ser caracterizado por la persecución de un resultado que es extraño y adicional al empleo instrumental normal del modelo legal preseleccionado (...). Se pueden dar hipótesis de negocio indirecto en donde el resultado que se persigue es exactamente el opuesto, esto es, el de conferir a un sujeto las facultades sustanciales del propietario, sin atribuirle la titularidad formal y utilizando a ese fin, con adaptaciones oportunas, un contrato de efectos obligatorios (es el caso, por ejemplo, de un contrato de mandato irrevocable para administrar el bien y enajenarlo sin obligación de rendir cuentas).

Santangelo establece las siguientes diferencias “a) el negocio fiduciario puede ser abstracto o causado, mientras que el negocio indirecto es siempre causado; b) en la

estructura del negocio fiduciario siempre está presente la traslación dominial de los bienes, mientras que en el negocio indirecto dicha traslación puede faltar”; distinciones que solo confirman el hecho de que los negocios fiduciarios representan una especie de los negocios jurídicos con fines indirectos, pues en general, los elementos de los negocios indirectos siempre están presentes en los negocios fiduciarios, pero no a la inversa.

Otra nota característica del negocio fiduciario es la existencia de la denominada *causa fiduciae*, necesario para considerar la unidad del negocio complejo, formado - generalmente- por una dualidad de negocios jurídicos. No sucede lo mismo en el caso de los negocios jurídicos indirectos, pues la doctrina no habla unívocamente de una causa. En muchos negocios complejos y combinados el fin indirecto no suele presentarse en forma precisa y su identificación se hace difícil al intérprete. A decir de Rubino (1953), sin perjuicio de la conexión económica de los negocios y su eventual trascendencia jurídica “se darán consecuencias jurídicas siempre que la voluntad de las partes haya unido jurídicamente, de modo expreso un negocio a otro” (p. 86).

El negocio fiduciario es una construcción jurídica atípica que goza de reconocimiento y aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia. No sucede lo mismo con el negocio indirecto. Sin embargo, dada la recurrencia y la tipicidad de los supuestos de hecho presentados en el Registro, así como la problemática que se viene generando, consideramos necesario un tratamiento legal especial, que parte justamente de la consideración de estos casos como supuestos de negocios jurídicos indirectos.

2.1.1.5. Transferencia de cuota ideal y fraude a la ley

Respeto a la transferencia de cuota ideal y fraude a la ley, Según Torres (1998) referente a esto menciona que:

Fraude puede significar astucia y artificio, engaño y conducta desleal. En doctrina se dice que se tiene un contrato en Fraude a la Ley cuando las partes, aunque recurriendo a un negocio típico, realizan una operación prohibida por el ordenamiento jurídico.

En este mismo aspecto Espinoza, (2010, p. 528). “Se asimila a la figura del negocio jurídico indirecto, pues se utiliza una figura legal para la consecución de un fin diverso de aquel delineado por el legislador, con el agregado de que éste último es ilícito, por estar prohibido por norma imperativa” No se trata de una violación directa de la ley sino a través de conductas aparentemente lícitas, pero que producen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico. Se utiliza instrumentalmente una norma para burlar otra de carácter imperativo. Por ello se dice que, en el acto *in fraudem legis* concurren dos normas: una denominada “de cobertura” y la otra que se pretende “eludir”.

No existe en nuestra legislación el supuesto específico del negocio jurídico en fraude a la ley, sin embargo, en opinión de Espinoza, este negocio es nulo por ilicitud de la causa, conforme al artículo 219.4 del Código Civil. También Torres, quien señala que:

El acto es nulo en base a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, esto es, por ser contrario a las normas que interesan al orden público y las buenas costumbres. La doctrina sostiene que no se requiere de existencia de una intención específica de burlar la ley, sino que el resultado obtenido sea idéntico a aquel previsto en la norma eludida (concepción objetivista).

Ahora bien, el supuesto de fraude a la ley se encuentra previsto en otros ordenamientos, como en el italiano, en cuyo artículo 1344 del Código Civil se dice: “Se considera además ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa”. O, en la legislación española, en el artículo 6.4 de su Código Civil, a saber:

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

La doctrina española, en relación con los negocios indirectos señala:

“Desde ahora puede advertirse que contra esta figura sigue pesando la sospecha de ser en fraude a la ley” y más adelante: “El sistema jurídico español... no puede admitir el procedimiento de evasión a gran escala que supone la figura del negocio indirecto. Las reglas imperativas se consideran destinadas a favorecer lo que se entiende por mejor organización social y no se pueden interpretar como establecimiento de caprichosas estructuras formales o como restos de anacrónicos formalismos” (De Castro, 1971, p. 455)

En esta línea, en España se ha regulado el supuesto que analizamos (o uno muy similar) como “fraude inmobiliario”, motivo por el cual se deniega la inscripción de la transferencia de cuotas ideales, cuando se hace referencia a porciones específicas de tierra, exigiéndose en tal caso, la autorización administrativa correspondiente que haga posible el fraccionamiento del predio matriz.

El primer y segundo párrafo del artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 07/2015, Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana española establece textualmente que la transferencia de cuotas ideales con motivos de división o segregación de la finca sólo es posible si conjuntamente se cumple con las exigencias de la normativa urbanística:

La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. **Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.**

En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. **El cumplimiento**

de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción. (Negritas agregadas)

Es decir, para la legislación española, la indicación o referencia en el contrato a una “porción concreta de la finca” necesariamente conlleva a exigir la autorización administrativa correspondiente, esto es, se califica, se evalúa la legalidad o conformidad con las normas de orden urbanístico.

Comentando el antecedente de esta norma: artículo 17.2 de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008, de idéntica redacción, la doctrina española señala:

El inciso segundo del párrafo primero del artículo 17 de la nueva Ley, pretende y consigue evitar uno de los fraudes característicos a esta necesidad de adaptación de la finca como unidad inmobiliaria perteneciente al propietario y como unidad contemplada desde el punto de vista de su aprovechamiento independiente.

Continúa Arnaiz, (2010, 229) con más detalle:

El fraude consistía en la transmisión de derechos que no implicaban formalmente la división de la finca, pero cuyo resultado era equivalente. El caso más frecuente estaba constituido por los llamados huertos familiares o por la creación de núcleos urbanos a base de caravana o de otros elementos muebles convertidos en inmuebles mediante su colocación fija en un determinado punto del territorio.

La conclusión salta a la vista, la legislación española tiene regulado este supuesto como uno de “fraude inmobiliario”, opta por denegar este tipo de inscripciones, en la medida que no se cuente con la autorización correspondiente.

Ahora bien, no tenemos, en el caso peruano, una norma similar a la de la legislación española, en la que claramente se califique el caso como fraude a la normativa urbanística; sin embargo, ello no es necesario. Puede llegarse a la misma conclusión a través de la doctrina, la dogmática y la jurisprudencia. De ser el este el caso, la

sanción que se aplique será la nulidad conforme los fundamentos planteados por los profesores Torres y Espinoza, antes citados.

Sin embargo, no se advierte norma expresa que prohíba las transferencias de cuotas ideales haciendo referencia a su correspondencia con una parte material. Lo que está regulado es la exigencia de la obtención de la licencia previa que autoriza la venta de lotes en proyectos, conforme al citado artículo 21 a) de la Ley 29090. En todo caso, es esta la norma que se estaría eludiendo, en cuyo caso sí nos encontraríamos ante un caso de fraude a la ley. No obstante, esto no ha sido evaluado por ninguna de las instancias registrales, pues entiende que sólo es inscribible la venta de la cuota. La correspondencia con el lote se encuentra fuera del mundo registral, no hay por tanto análisis acerca de un posible fraude. El tratamiento del caso como un negocio jurídico indirecto rompe con el esquema de ver los negocios jurídicos en forma aislada; por el contrario, al vincularlos, se hace necesario el análisis de un posible fraude.

Para hablar de fraude debemos encontrarnos ante la elusión de una norma imperativa. Al respecto, Espinoza (2008) señala que “la norma imperativa debe ser identificada con aquella que es insustituible por la voluntad de los particulares” (p 536). Evidentemente, las partes no pueden sustituir la norma indicando que no es necesaria ninguna autorización municipal para la venta de lotes no urbanizados o en proyecto, tampoco pueden indicar que esta no deba ser previa. Nos encontramos ante una norma que, por su contenido, no está dirigida únicamente a las partes que la celebran, sino que se encuentra regulando la actuación de los diversos actores en el proceso de urbanización y cuyos efectos recaen no sólo en los contratantes, sino que repercuten a terceros, incluso al Estado. Nos encontramos por tanto ante una norma imperativa.

Lo que sigue es dilucidar si toda elusión de una norma imperativa constituye fraude a la ley. Volvemos a Espinoza, quien señala que las normas imperativas pueden ser prohibitivas o preceptivas, las primeras establecen un impedimento, las segundas un mandato. Veamos entonces si la norma del artículo 21 a) de la Ley 29090 Ley que regula las Habilitaciones Urbanas, contiene una prohibición, o si se trata de un precepto o mandato.

Artículo 21.- Habilitaciones urbanas con construcción simultánea. En todo procedimiento de habilitación urbana se podrá solicitar la autorización de ejecución de obras de habilitación urbana con construcción simultánea. Existen cuatro tipos:

Las habilitaciones urbanas que cumplen los requisitos de densidades, áreas y dimensiones de lotes normativos, establecidos en el Reglamento Nacional de Edificaciones; en ellas **se podrá incluir la autorización para suscribir contratos de venta garantizada de lotes**. En este caso los adquirientes de lotes podrán solicitar licencia de edificación. Una vez obtenida ésta, procederán a la construcción, de manera simultánea con el avance de las obras de habilitación urbana. (Negrita agregada).

En primer lugar, la norma no usa la palabra prohibición, impedimento u otra que se le asemeje. Establece que, si se cumplen con los requisitos, se podrá solicitar la autorización para la venta de lotes, e incluso solicitar también la licencia para la edificación sobre éstos (no se otorgaría licencia de construcción si los lotes fueran futuros, pero ese tema ya se vio con anterioridad). Se trata por tanto de una norma imperativa preceptiva y aunque fraude pueda ser la elusión de una norma imperativa, sea esta preceptiva o prohibitiva, es importante hacer la distinción, pues la intensidad de la sanción no es la misma. Aun si se dijera que se encuentra prohibida la venta de lotes en proyectos que no cuenten con licencias, dicha prohibición no sería una absoluta, pues el ordenamiento jurídico sólo sanciona el incumplimiento con multas y prevé siempre la posibilidad de su saneamiento o regularización, y este es un argumento no solo normativo sino sociológico, para no considerarlo como un supuesto de fraude, ya que, como dijimos, el veto es de poca intensidad.

La diferencia entre el negocio jurídico indirecto y el fraude a la ley se encuentra en la ilicitud del resultado. La consecuencia es la nulidad del negocio celebrado en fraude. En nuestro caso diríamos: “se están vendiendo lotes en proyectos sin autorización municipal, como lo ordena la ley. Para eludir esta exigencia se utiliza la figura de la transferencia de cuotas ideales”. Si efectivamente se trata de un fraude, debemos concluir que las transferencias de las cuotas son nulas. Nos encontraríamos ante la elusión masiva de normas imperativas a la que hacía referencia De Castro, pues no es exagerado decir que, ciudades enteras se han formado bajo esta modalidad.

En este escenario ¿es posible sostener la tesis del fraude? Consideramos que no, pues el incumplimiento de una norma imperativa preceptiva no puede llevarnos a afirmar, automáticamente, que nos encontramos ante un caso de fraude a la ley, por cuanto:

1. El incumplimiento no se encuentra sancionado con nulidad por el ordenamiento Legal.
2. Se prevé que el incumplimiento es subsanable, pues existe todo un ramillete de otras normas que permiten su regularización, al estilo de: “si no obtuviste el permiso en su momento, puedes hacerlo ahora”.
3. El Registro publicita como válidas y exactas situaciones las transferencias de las cuotas, así como el régimen de copropiedad. Esto es, el contrato ha pasado un primer filtro de legalidad.
4. Existe una alta recurrencia de los casos, los cuales son reconocidos también por terceros e incluso por otras instituciones del Estado.

Se sostiene que la transferencia de cuotas constituye un negocio medio e instrumental, que el fin económico que se persigue es la transferencia del lote (negocio fin), el cual, según el programa negocial, se hará efectivo cuando se realice una condición. La transferencia de cuotas no se utiliza, necesariamente, para eludir la norma urbanística, sino para poder acceder al Registro y obtener un cierto grado de seguridad jurídica, en tanto se gestionan las autorizaciones correspondientes.

Aunque es deseable, y por eso está así en la ley, que toda urbanización cuente con licencias y evaluaciones previas, la realidad de los países latinoamericanos desborda la planificación central y ello se refleja en la legislación. No hay prohibición expresa y las sanciones son, por decir lo menos, simbólicas. El incumplimiento siempre será factible de ser subsanado a través de un procedimiento de “regularización”. Lamentablemente no hay, desde el Estado, un intento serio de cambiar este modo de hacer ciudad.

- **Otros casos de posible fraude a la normativa urbanística**

En el Registro, recientemente se ha advertido un caso recurrente calificado como fraude a la normativa urbanística. Citamos el segundo precedente de observancia

obligatoria aprobado en el 220° Pleno del Tribunal Registral, modalidad presencial, realizada los días 12 y 13 de diciembre de 2019:

TEMA: INDEPENDIZACIÓN

SUMILLA:

IMPROCEDENCIA DE INDEPENDIZACIÓN DE UN PREDIO RURAL
UBICADO EN ZONA NO CATASTRADA

No procede la inscripción de la independización de un predio rural en zona no catastrada, por falta de competencia del verificador catastral, cuando de la partida vinculada o del título se aprecie que el bien se ubica dentro de área urbana o de área urbanizable, así como cuando del diseño de las unidades inmobiliarias resultantes se evidencie razonablemente el encubrimiento de una parcelación de terrenos rústicos o habilitación urbana reguladas por la Ley N° 29090.

Criterio sustentado en la Resolución N.º 2815-2018-SUNARP-TR-L del 23.11.18 y N° 725-2019-SUNARP-TR-T del 30.09.2019.

Este caso se trata de lotizaciones encubiertas en áreas rurales. Cuando la zona no se encuentra catastrada, se habilita la intervención de un profesional privado: el verificador catastral, quien se encarga de elaborar toda la documentación técnica correspondiente. Lo que venía sucediendo es que el verificador declaraba habilitaciones urbanas encubriéndolas bajo la figura de parcelación de predios rurales. En la realidad se trataba de urbanizaciones en las que, no sólo no se contaba con las licencias administrativas necesarias, sino que se omite toda referencia a los aportes reglamentarios a favor del Estado, pues éstos no se requieren para la parcelación de predios rurales.

Sin embargo, aunque la intención del Tribunal Registral de evitar el fraude en estos casos sea encomiable, generalmente el Registrador no podrá advertirlo, pues las partidas y la data del Registro no se encuentran vinculada a los planes urbanos. Habrá algunos casos en los que se evidencie del contenido del propio título, pero en otros (la mayoría) no.

A esto debemos agregar que son las propias normas reglamentarias y la jurisprudencia las que, en muchos otros casos, se muestra contradictoria. Por ejemplo, el Registrador puede sospechar o intuir razonablemente que nos encontramos ante un caso de fraude inmobiliario, sin embargo, para llegar al convencimiento de ello o descartarlo, deberá de solicitar “documentación complementaria”, lo cual se encuentra autorizado según el artículo 7 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos. Sin embargo, habida cuenta de la naturaleza administrativa del procedimiento registral en el Perú, el interesado inmediatamente presentará la siguiente objeción: el artículo 36.2 de la Ley 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General- así como el artículo 8 de la Ley 29060 – Ley del Silencio Administrativo-, entre muchas otras normas sobre simplificación administrativa, señalan que se encuentra prohibido que la administración solicite requisitos adicionales a los indicados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, previamente aprobados por la institución. Lamentablemente, sin mayor análisis, desde los órganos de gobierno de la Superintendencia de los Registros Públicos, se ha seguido cerradamente este criterio, sancionándose a los Registradores Públicos que hacen requerimientos “adicionales”, cuando de lo que se trata es de dilucidar si dicho pedido es razonable atendiendo al caso concreto o si, por el contrario, se trata de un requerimiento arbitrario, en cuyo caso sí corresponde una sanción.

El caso del expediente de declaración de prescripción adquisitiva de dominio como documento suficiente para la independización de lotes urbanos, sin requerir documentación adicional, puede convertirse en una puerta abierta a un supuesto de posible fraude inmobiliario. El Tribunal Registral ha aprobado en sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada el día 04 de noviembre de 2014, como acuerdo plenario aprobado en el CXXV Pleno lo siguiente:

1. PRESCRIPCIÓN NOTARIAL DE UNA PORCIÓN SIN EDIFICACIÓN “Para inscribir la independización de la parte prescrita no se requiere la autorización municipal de subdivisión”.

Al respecto, la declaración de propiedad no significa, en todos los casos, el cumplimiento automático de las normas urbanísticas que autorizan el fraccionamiento de los predios. Este tema incluso ha sido materia de debate en la Corte Superior de

Justicia de Junín, en cuyo Pleno Jurisdiccional Civil, Procesal Civil y de Familia del año 2018, se llega a la siguiente conclusión:

No se puede ordenar la inscripción en los Registros Públicos de la sentencia firme sobre prescripción adquisitiva de dominio respecto del predio del proceso que está inscrito en otro de mayor extensión, pues, el proceso de prescripción adquisitiva de dominio concluye con la sentencia declarativa de propiedad, siendo la inscripción de dicha sentencia un trámite administrativo que debe de iniciarlo el propietario declarado, siguiendo y observando los requisitos para la independización que exijan los reglamentos respectivos; salvo que exista argumentación especial expuesta en la sentencia, No es posible que por mandato judicial se soslaye requisitos y exigencias de índole administrativo- registral.

De lo que se concluye que, no en todos los casos, debe de eximirse de la presentación de las autorizaciones municipales correspondientes para los efectos de poder lograr la independización del inmueble prescrito.

Finalmente, una malentendida jurisprudencia vinculante respecto a la calificación de los partes administrativos, a saber, el segundo Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el XCIII PLENO del Tribunal Registral, en sesión extraordinaria presencial realizada los días 02 y 03 de agosto de 2012 y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 16 de agosto de 2012:

CALIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

“En la calificación de actos administrativos, el Registrador verificará la competencia del funcionario, la formalidad de la decisión administrativa, el carácter inscribible del acto o derecho y la adecuación del título con los antecedentes registrales. **No podrá evaluar los fundamentos de hecho o de derecho que ha tenido la Administración para emitir el acto administrativo y la regularidad interna del procedimiento administrativo en el cual se ha dictado**” (negrita agregada).

Una cosa es que se no pueda evaluar los fundamentos de hecho o de derecho del acto administrativo, y otra muy distinta es solicitar aclaraciones cuando el acto no contiene fundamento alguno respecto de la contravención, muchas veces evidente, de leyes y normas de orden urbanístico. Si hasta en los mandatos judiciales, puede el Registrador solicitar “aclaraciones” o “información complementaria” al Juez, conforme al segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil ¿Cómo es posible que no pueda solicitarlas en los casos de partes administrativos? Frente a las observaciones formuladas por los registradores en estos casos, se suele refutar diciendo que “constituye un aspecto de fondo” o que, es “responsabilidad de la Municipalidad”.

Correctamente entendido el precedente, será correcto formular observaciones y solicitar aclaraciones, cuando se evidencie la vulneración de una norma expresa. En materia urbanística, por ejemplo, muchas veces se han inscrito como parcelaciones de predios rústicos que en realidad constituyen habilitaciones urbanas. Hay que decirlo, pues es nuestra realidad, muchos alcaldes y funcionarios públicos de las municipalidades distritales y provinciales, así como de gobiernos regionales, se encuentran privados de su libertad por haber sido encontrados responsables de diversos delitos vinculados al tráfico de tierras y al fraude en aspectos referidos a la organización territorial. Lamentablemente, a veces se cree que el Registro es una isla normativa, olvidándose que también forma parte de un sistema de control de legalidad estatal mucho más amplio.

Otros temas vinculados al fraude en sede registral es el de la Jurisprudencia contradictoria en materia de control de la legalidad urbanística, así como el desvalor con el que se trata a la información proporcionada por otras entidades generadoras de catastro con relación a lo publicado en la partida registral, con el argumento de que dicha información no se encuentra “legitimada”. El análisis de estos casos excedería largamente el presente trabajo.

2.1.1.6. Análisis de la copropiedad generada en el registro

a) Noción de copropiedad

Al comenzar este trabajo señalamos que, desde la doctrina tradicional romanista se entiende la copropiedad como un sistema transitorio e ineficiente, no deseable; por lo

tanto, llama poderosamente la atención que se utilice masivamente esta figura legal en el Registro.

La copropiedad es una especie de condominio o propiedad común. “En la verdadera comunidad, *comunione pro indiviso*, el derecho de cada comunero se extiende a toda y cada una de las partes de la cosa común”. El derecho que comparten los titulares puede estar referido al dominio, al usufructo, la servidumbre o la herencia. Cuando el derecho es el dominio o propiedad, la indivisión o comunidad toma el nombre específico de copropiedad o condominio (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2015, p.81-82). Arata (2009) señala que la copropiedad es una forma de comunidad, entendida ésta como un supuesto de titularidad conjunta del derecho de propiedad sobre un mismo objeto que puede ser singular o universal.

Existen diferentes tipos de comunidad, como la matrimonial, la hereditaria, la medianería o la que se da sobre los bienes comunes como fundamento de un régimen de propiedad exclusiva y común. ¿Por qué existe un régimen especial, distinto al de la propiedad? A decir de Romero (1947) no todas las reglas del derecho de propiedad serán aplicadas a los condóminos, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes; pero no es sólo eso, la diferencia de tratamiento también obedece a razones de eficiencia, pues la especial situación requiere de distintas reglas que faciliten el aprovechamiento económico del bien y su intercambio, como las referidas a la gestión, el uso, disfrute y disposición del bien común, el derecho de retracto, derecho a las mejoras, pacto de indivisión, reglas sobre la partición, entre otros.

b) Formas de comunidad: la comunidad romana y la comunidad germana

La doctrina distingue dos tipos de comunidad, la romana y la germánica; la primera responde a una concepción individualista del mundo, en la que se considera que esta situación es “transitoria, incidental y antieconómica”, mientras que la segunda responde a una concepción colectivista y constituye una forma idónea para conservar bienes en una comunidad, esta situación es deseable y ventajosa para determinados fines económicos. Un ejemplo de comunidad romana sería la herencia, mientras que del modelo germánico lo sería el régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

En la concepción romana cada comunero es titular de una cuota o parte abstracta del derecho, sobre el que tiene dominio pleno, pudiendo por lo tanto disponer, reivindicar, gravar, o ser afectado impositivamente. Nadie tiene un derecho exclusivo sobre la cosa, pues los derechos de los comuneros se encuentran entrelazados, limitados, dependientes según el esquema de organización y participación que la legislación prevé. Puede decirse que, en la copropiedad, el derecho de propiedad se encuentra “fragmentado” en cuotas ideales y que ésta es la medida de la participación de los comuneros sobre todo el bien.

No hay exclusión ni exclusividad sobre el bien, sino sobre la cuota. El código civil define a la copropiedad en el artículo 969 de la siguiente manera: *“Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”*, optando claramente por la forma de comunidad romana. En el artículo 970 se dice: *“El concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas”*; es decir, la cuota es el término de referencia de la participación en los beneficios y cargas del bien. Arata (2009) hace notar que ésta no es la única función de la cuota, a saber, también sirve para cuantificar el poder de voto de cada copropietario: según el artículo 971 del código civil, se requiere de unanimidad para disponer, gravar, arrendar, darlo en comodato o introducir modificaciones en el bien, y mayoría absoluta para los casos de administración ordinaria. La cuota sirve además como objeto mediato de negocios de disposición y gravamen, esto es, es un bien negociable y como medida de la cuantía que corresponde a cada copropietario luego de la extinción del régimen. *“La construcción individualista romana atribuye al sujeto aun dentro de lo común, algo exclusivamente suyo y es esa misma individualidad la que justifica su extinción”* (p.44). Existe una esfera de actuación individual sobre la cuota y una esfera de actuación colectiva sobre el bien, en este último caso se hace necesaria una estructura interna de organización que regule la toma de decisiones, la participación, responsabilidades, entre otros.

c) Fuentes de la copropiedad

¿Cómo se origina la copropiedad? La doctrina señala que una comunidad puede tener su causa en un hecho como la muerte del causante, la voluntad de las partes a través de un contrato o por mandato de la ley. También puede tener su origen en la prescripción adquisitiva de dominio.

En el caso que venimos analizando, la copropiedad se origina en la voluntad de las partes, quienes transfieren cuotas haciendo referencia a la correspondiente parte material del bien. Se crean dos relaciones jurídicas: una de naturaleza real que sería la referida a la transferencia de la alícuota y otra de carácter personal, esto es la obligación de transferir el lote, sujeto a condición. Se dice que se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva. En la medida que, la compraventa de bien futuro no es un acto inscribible a tenor de lo regulado en el artículo 2019 del código civil¹⁴ y por afectación además del principio de especialidad o determinación ¹⁵, se realiza una separación absoluta de las relaciones jurídicas y se califica únicamente la jurídica real, omitiéndose cualquier referencia a la relación personal u obligatoria. En este capítulo sólo analizamos el régimen de copropiedad que se genera como producto de la inscripción de la transferencia de la alícuota.

d) Copropiedad generada por la transferencia de cuotas

Hemos señalado que las partes al transferir cuotas constituyen formalmente un régimen de copropiedad. Indican en los contratos que dicha situación es “transitoria”, en tanto se reconozca legalmente la existencia del lote. Esta indicación nos informa que la comunidad formada no es una *proindiviso*, pues en el título constitutivo se señala con claridad la parte material a la que se refiere la alícuota. Dicha parte material es un pedazo de tierra plenamente identificado, existente por ser percibido por los sentidos, aunque aún no reconocido jurídicamente como lote “urbano”. Nos encontramos ante una comunidad *sui generis o tertium genus*, muy similar a lo que en doctrina se conoce como comunidad *prodiviso*, aunque sin correspondencia formal en el registro, pues no se ha inscrito la primera etapa de la habilitación urbana (denominada “aprobación de la habilitación urbana en la Ley 29090) que reconoce la existencia del proyecto de lotización.

Debemos hacer notar que, en una situación en la que se inscribe previamente la aprobación de la habilitación urbana en la partida matriz, no se genera ningún

¹⁴ Lo cual es discutible pues el inciso 4 del artículo 2019 señala que son inscribibles “*El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados*”, lo que implica la previa inscripción del contrato sujeto a condición.

¹⁵ Salvo los casos de previa o simultánea inscripción de la Pre declaratoria de Fábrica o la aprobación de habilitación urbana.

problema en el registro, pues con este acto se publicita el proyecto de lotización y se pre independizan los lotes. No hay necesidad de transferir cuotas ideales y generar forzosamente- un régimen de copropiedad; no se afecta del principio de especialidad y el tratamiento que registralmente se da es el de la anotación preventiva de compraventa del lote. Considerando que se trata de un “proyecto” se acepta comúnmente que se trata de una compraventa de bien futuro. No nos encontramos en este caso. El supuesto que estudiamos es uno en el que o no se ha inscrito la aprobación de habilitación urbana, o pretende registrarse en acto posterior a la inscripción de numerosas transferencias de cuotas.

Decíamos que el registro hace esta separación fuerte entre las dos relaciones jurídicas creadas y sólo atiende la transferencia de las cuotas ideales. Se genera entonces un régimen extenso y complejo de copropiedad, en muchos casos con decenas o cientos de “copropietarios”, lo cuales son titulares de “todo” el predio matriz, quienes sólo pueden disponer de su cuota. En teoría el predio matriz debe de administrarse conjuntamente, se deben repartir los frutos, cada copropietario podría usar todo el bien, pueden transferirlo por unanimidad. En cuanto a la cuota los copropietarios tienen derecho de preferencia, de retracto, pueden transferirlas, gravarlas o ser embargadas (en estos dos últimos casos en última instancia, se está afectando todo el predio en tanto no exista partición).

En este escenario nos preguntamos si en verdad nos encontramos ante un típico régimen de copropiedad. Si decimos, como ya hemos adelantado, que se trata de negocios jurídicos indirectos, la copropiedad creada tendría un carácter transitorio y meramente instrumental. No se trata de una comunidad *pro indiviso*, sino de una *sui generis* o *tertium genus*, en el que la asignación de la cuota tiene una correspondencia directa con una parte física del predio matriz y así debe ser publicitado, no sólo para proteger adecuadamente los derechos adquiridos, sino también a los contratos que sobre la base de éstos se generen. El Registro, sin embargo, se viene publicitando como definitiva una situación jurídica que, se sabe, no lo es.

e) Características de la copropiedad

Las características de la copropiedad son aquellas que la identifican como tal y que la diferencian de otras situaciones jurídicas. Según Arata (2009) son las siguientes:

1. Pluralidad de sujetos
2. Unidad de objeto
3. Ausencia de parte material
4. Asignación de cuotas ideales

En cuanto a la pluralidad de sujetos y la asignación de cuotas ideales convenimos que son elementos formales que se encuentran en todos los contratos que analizamos, por lo que no existe mayor discusión al respecto. Es en cuanto a la unidad del objeto y a la ausencia de parte material que encontramos objeciones.

No negamos que puedan celebrarse contratos de transferencias de alícuotas en las que, de inicio, se establezca la correspondencia con partes materiales sujetas a adjudicación futura; es más, es muy usual que en el registro se presenten e inscriban numerosos casos de proyectos de “autoconstrucción” de edificios bajo esta modalidad. En estos casos, también se usa instrumentalmente el régimen de copropiedad (negocio jurídico indirecto) y las inscripciones se hacen sin hacer referencia al llamado pacto de división futura. Consideramos que, dada la instrumentalidad del negocio real, debe publicitarse también el acuerdo obligacional que permita la mutación jurídica del derecho, sin perjuicio de que, en estos casos, desde nuestro punto de vista, claramente nos encontramos ante bienes futuros (los departamentos). Situación distinta de la que venimos analizando.

Nótese que, en estos casos, la adjudicación no requerirá de nuevos y ulteriores acuerdos, pues si se han ubicado, descrito adecuadamente las partes materiales y realizado la valorización correspondiente, luego de inscrita la declaratoria de fábrica, podrá realizarse con base al mismo título, en tanto la voluntad de la correspondencia de la cuota con la parte material ya se ha manifestado. Arias-Schreiber (1996) al analizar la compraventa de bien futuro señala: “...es valor entendido que para que el contrato sea válido será indispensable que su determinación sea posible sin que se requiera un nuevo acuerdo, pues en esta hipótesis la obligación de prestación de dar carecería de objeto...” (p. 42). En el mismo sentido Rubino, al tratar el negocio indirecto señala como nota característica que no es necesario un nuevo acuerdo para dar efectos al negocio.

Lo mismo sucede con las permutas de bienes futuros conforme a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 103° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, y la interpretación del Tribunal Registral (véase Resolución N°160-2005-SUNARP-TR-L). En este caso, efectivamente, hay una unidad de objeto: el terreno, y ausencia de parte material, pues el edificio aún no existe. Si en estos casos, en los que según la opinión mayoritaria se trata de bienes futuros, no se exige un nuevo título para la transferencia efectiva de propiedad, con mayor razón no debería exigirse un nuevo título, para el caso de la transferencia definitiva de lotes en proyecto como base a un terreno matriz.

El reconocimiento legal del lote se da con la aprobación de la habilitación urbana, que comprende a su vez la lotización o delimitación de los lotes pasibles de ser transferidos a privados, así como de las vías y otras áreas públicas (aportes reglamentarios al Estado para educación, Serpar y servicios complementarios). Aunque se trata de un proyecto, no es posible sostener que la copropiedad se extiende a todo el predio matriz, pues existen áreas “afectadas” por estar destinadas a ser bienes públicos. Si bien, no existe declaración de la autoridad municipal que declare que determinadas áreas serán consideradas bienes de uso o servicio público, sino solamente acuerdos privados; no obstante, al indicarse que se encuentra dentro de una lotización o urbanización, es posible presumir razonablemente que existen áreas destinadas al uso y dominio públicos.

Este detalle revela ya una singularidad en el caso. Un lote ubicado en una urbanización no reconocida legalmente aún (informal), debe respetar el planeamiento integral de la zona, así como la cesión de áreas para vías y de aportes reglamentarios; la cuota ideal por tanto no puede referirse a estas áreas.

En este punto, no intentamos decir que puede o debe de inscribirse la transferencia del lote, pues es evidente que se afecta el principio de especialidad o determinación registral del objeto, sino que, desde ya, debe de cuestionarse si la voluntad de las partes es constituir un régimen de copropiedad *pro indiviso* “con unidad de objeto”. Esta situación *sui generis* amerita una respuesta distinta del ordenamiento jurídico, que pasa por publicitar la relación personal en el asiento de transferencia de la cuota

ideal o en asiento aparte (carga), habida cuenta que nos encontramos ante la celebración masiva de negocios jurídicos indirectos.

En cuanto a la ausencia de parte material, decimos que sí existe el espacio físico de terreno asignado a la cuota y que éste es delimitado con claridad en el contrato. Lo que no existe es el acto administrativo de reconocimiento formal de la porción de tierra como lote transferible por parte de la autoridad municipal; por tanto, desde el punto de vista contractual tampoco es correcto afirmar que hay ausencia de parte material. Una de las características de la copropiedad es la abstracción de la cuota, es decir, la imposibilidad de determinar la parte material que le corresponde y esta situación no se da en el presente caso. Ahora bien, todo lo que se ha manifestado es desde un punto de vista formal, es decir producto del estudio documental de los títulos y de las partidas registrales. Pero el papel no es necesariamente la realidad. Si visualizamos las áreas donde se ubican los terrenos matrices lotizados informalmente, a través de Google Maps o de Google Earth, vemos con toda claridad que la unidad del objeto característica típica del régimen, no existe.

Puede objetarse que reconocer estas situaciones en el Registro genera un incentivo para que los propietarios de predios matrices no cumplan con su deber de habilitar formalmente sus lotizaciones; sin embargo, ello no es necesariamente así, pues de lo que se trata es de dar, en sede registral, un tratamiento legal acorde con la naturaleza de los actos celebrados. Se trata en buena cuenta de que el Registro refleje la realidad y no que cree una artificial, en la que los derechos inscritos devienen en inseguros y costosos, pues hay una evidente contracción del capital inmobiliario. De allí la necesidad de replantear el tratamiento legal que se viene dando. Los cambios en la legislación urbana y los controles en sede municipal son también importantes.

f) Copropiedad y derecho de retracto

En el derecho romano el retracto paso desapercibido, pudiendo considerarlo incluso de inexistente, dada la concepción absoluta del derecho de propiedad, en el que los propietarios podían comerciar libremente sus bienes. Arias-Schreiber (1996) en sus comentarios al Código Civil Peruano, afirma que etimológicamente significa retorno del tracto, retorno de la tradición o movimiento, consistiendo así en “la facultad que la ley otorga a determinadas personas para evitar la transferencia de un bien y

permitirle la subrogación, bajo las mismas condiciones pactadas entre el comprador y el vendedor” (p.139). La subrogación de la posición puede darse también en la dación en pago, debido a una preferencia que otorga la ley a ciertas personas que cumplan con requisitos previamente establecidos. No cabe hablar de una rescisión, resolución o anulación del contrato, pues este es perfectamente válido y eficaz, más el retrayente se posiciona en idéntico lugar que el comprador y en vez de él. De la Puente y Lavalle (1998) citando a Manresa afirma:

Un derecho que tiende a convertir en verdadero adquirente a aquél a quien el retracto le corresponde. Salvo en lo que se refiere a la diferencia de persona, no trata de introducir alteración ninguna en las condiciones estipuladas; la voluntad del que retrae carece de eficacia jurídica para influir en las condiciones de la adquisición; estas condiciones están ya fijadas por el comprador y el vendedor; al retrayente toca respetarlas y cumplirlas en lo que le afecta; con vista de ellas determinará si hace o no uso del retracto; y si a ello se decide, ya sabe que el pacto está hecho y que es una ley a la cual tiene que someterse. En esta línea el Código Civil en el artículo 1592° señala:

El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados. Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público.

El código realiza la salvedad del caso del remate público, buscando brindar seguridad a las transferencias efectuadas por ejecución. El plazo previsto para el ejercicio del derecho de retracto es de 30 días a partir de la comunicación de fecha cierta que se le efectuará a la persona con derecho a este o en caso de no contar con domicilio no conocido o conocible, se utilizará la publicación del diario encargado de avisos judiciales del lugar donde se sitúa el bien. Dicha regla encuentra su excepción en caso de que a quien corresponda el derecho, haya tomado conocimiento de la transferencia por un medio distinto¹⁶. Ello ha sido regulado así en razón que no se puede otorgar un

¹⁶ Artículo 1596.- El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho. Cuando su domicilio

plazo amplio para su ejercicio, pues es limitativo del derecho de propiedad de las personas y de la libre contratación. De otorgarse plazos indefinidos o amplios, se mantendría una incertidumbre jurídica no justificada para un funcionamiento eficiente del derecho de propiedad.

El código Civil establece, en los artículos 1599° y 1600°, a quienes corresponde este derecho y en qué orden, en caso de concurrencia de dos o más sujetos. Así tenemos:

Artículo 1599 °. - tienen derecho de retracto:

- 2.- El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas.
- 3.- El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.
- 4.- El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa.
- 5.- El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos.
- 6.- Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor.
- 7.- El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquélla y ésta reunidas no excedan de dicha unidad”

Nos centramos en el derecho del copropietario en la venta a tercero de las porciones indivisas. El retracto en este caso tiene fundamento en el ya comentado sentido antieconómico e ineficiente de la copropiedad. Así lo hace notar De la Puente y Lavalle (1996) quien citando a Serrano afirma:

Los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación Artículo 1597.- Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en

no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de

el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2012 sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia.

El estado de copropiedad es abonadísimo para producir consecuencias funestas en lo económico, en lo jurídico y aun en lo moral. Es propio de él la coadministración, y cuando varias personas administran una cosa, el rendimiento de ésta no llega generalmente a donde llegaría si el administrador fuese único (...) No pocas veces es dañosa a la moral, pues por causa de la copropiedad menudean las ocasiones de choque, las rencillas, los conflictos, las luchas, hay vencedores y vencidos, satisfechos aquéllos, humillados éstos, arrogantes y despectivos los unos, envidiosos los otros. De ahí que el interés público recomiende instituciones como la del retracto de comuneros...” (p.136).

Sin embargo, sin negar el carácter ineficiente de la copropiedad, cabe decir que el retracto es una figura ineficiente para todos, menos para el retrayente. Aunque su objetivo sea consolidar la propiedad para una administración económicamente más adecuada, lo cierto es que se plantea como una restricción a un tráfico económico fluido. Esta es la opinión de Arata (2009) quien señala:

Respecto del vendedor es fácil imaginar que la sola posibilidad de que alguno de los copropietarios pueda retraer la parte alícuota (...) implicaría necesariamente que el número de potenciales compradores se reduzca significativamente. (...) Por otro lado también se afecta al comprador original porque si bien el legislador establece que el retrayente le reembolse, el precio, los tributos y los gastos pagados, olvida tener en cuenta que si se llegó a celebrar un contrato entre las partes es porque ambas entendieron que estaban ganando con la transacción (...) a X no le interesa que le devuelvan su dinero sino quedarse con el bien (...). También se perjudica a terceras personas por cuanto según el artículo 1601 del CC, cuando ocurren dos o más enajenaciones el retracto se referirá a la primera enajenación y las demás quedarán sin efecto de forma tal que el último adquirente “no solo perderá el bien (que es lo que le interesa al comprador)” sino además el costo de oportunidad del dinero, al haberlo invertido en una actividad que no le genere ventaja alguna teniendo otras alternativas posibles...” A lo que agrega que es pernicioso para la

sociedad en su organización económica al tener el carácter de irrenunciable (p. 95-97).

Ahora bien, respecto del derecho de retracto y sus efectos en el caso materia de estudio advertimos que en el Registro se viene generando un régimen de copropiedad sobre terrenos matrices con numerosos titulares, a los que, en estricta aplicación del Código Civil, les correspondería legalmente la potestad de retraer y subrogarse en las ventas que pueda realizar cualquiera de los copropietarios, incluso al propio promotor de la habilitación pendiente.

Sin embargo, en la práctica ¿realmente les corresponde este derecho? Creemos que no, pues sostenemos que las compraventas celebradas se han configurado como un negocio jurídico indirecto, es decir, corresponden a una finalidad económica distinta, que no es la de configurar un típico régimen copropiedad, sino adquirir de forma exclusiva la propiedad de un lote determinado de terreno, intención que fluye expresamente de los contratos. Siendo el negocio medio, uno de carácter meramente instrumental y con referencia a una parte específica del bien (y no a otra) no es posible hablar de consolidación de la propiedad para un aprovechamiento económico más eficiente del bien.

Los cotitulares ejercen el derecho, en la práctica, en calidad de propiedad exclusiva, como es fácilmente apreciable en la realidad social sobre las que efectuamos el estudio. Ello se ve reforzado por el hecho que no conocemos de casos en los que se haya solicitado la inscripción de derechos de retracto en partidas matrices como las que analizamos, pues queda claro entre los contratantes, que la transferencia se hace con miras a la adquisición final del lote de terreno y no sobre una cuota ideal, y que esta figura únicamente se utiliza como un medio para poder acceder al Registro y obtener algún nivel de seguridad jurídica, en tanto se obtiene la autorización administrativa correspondiente. La intención entonces no es obtener una alícuota de todo el inmueble matriz, sino una cuota que representa una parte específica de ésta. La posibilidad de consolidar la administración o la propiedad de todo el inmueble no es consustancial a la naturaleza de este tipo de contratos, pues como venimos señalando no existe la unidad del objeto, característico de la copropiedad ordinaria.

Desconocer esto constituye más bien un incentivo para que personas inescrupulosas y mafias, abusen del sentido de la ley causando perjuicio no sólo a los propietarios de los demás lotes, sino a los terceros contratantes.

g) División y partición

El modo típico de la extinción de la copropiedad ordinaria es la Partición, que es la facultad que tienen los condóminos para instar la extinción del estado de indivisión del bien común. Se dice que esta facultad es inherente al derecho de copropiedad y que su ejercicio no requiere de justificación, más allá de la sola voluntad de cualquier condómino. La acción de partición es imprescriptible. El artículo 983 del Código Civil lo define de la siguiente manera:

Artículo 983°.- Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican.

La naturaleza jurídica de la partición entonces es traslativa, pues se transfieren, recíprocamente, los derechos individuales sobre las partes materiales que no se adjudican, a modo de permuta. Planiol, citado por Romero (1946) observa que:

Lo que se divide no es la cosa sino el derecho. Los condóminos no ejercen el dominio sobre una parte material del bien, pero sí sobre su cuota, lo que deriva en dos relaciones jurídicas: el derecho de los dueños sobre la cosa y la situación jurídica de cada condómino frente a los otros.

Comúnmente ocurre que la División y Partición es un acto jurídico posterior a la configuración del régimen de copropiedad, el cual, si es voluntario, debe ser otorgado por todos los titulares de las cuotas. Sin embargo, en nuestro caso, la copropiedad generada en el registro, como consecuencia de la transferencia de cuotas ideales en habilitaciones urbanas informales, no es una de tipo *pro indiviso*, sino una *sui generis* o *tertium genus*, esto es, desde su origen se ha previsto el dominio exclusivo de partes materiales del predio, ya que el estado formal de “copropiedad” se constituye sólo como un estado previo y provisorio, con la finalidad de alcanzar la especial protección que el Registro brinda a los derechos de propiedad. El caso más bien puede acercarse

a lo que la doctrina describe como comunidad *prodiviso*, que no es considerada como una verdadera comunidad, puesto que no hay un objeto común sino objetos independientes, lo cual ocurre en el presente caso, con el agregado de que no existe, ni remotamente, vocación de permanencia del estado formal de comunidad.

La copropiedad además no nace a través de un único acto fundacional, sino que se forma a través de diversos actos voluntarios en el tiempo en los que se indica que la alícuota representa un determinado lote, en una cláusula que denominan de “efectos obligacionales”.

Si se sigue la interpretación mayoritaria de los operadores notariales y registrales, en el sentido de que nos encontramos ante cláusulas de partición futura, debería aceptarse también que no se requiere un posterior título de división y partición, pues así está expresamente regulado para el caso de la transferencia por permuta, en el último párrafo del artículo 103 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, que textualmente señala:

En los casos en que todo o parte de la contraprestación por la adjudicación de un bien presente esté constituido por la obligación de transferir en permuta bienes inmuebles futuros, una vez acreditada en el Registro la existencia de dichos bienes, **el adquirente de los mismos podrá solicitar la inscripción de su propiedad por el sólo mérito al título archivado correspondiente** (negrita agregada).

Una vez inscrita la habilitación urbana entonces, en aplicación de las citadas reglas de la permuta contenidas en el artículo 983 del Código Civil, así como en el 103 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, debe de procederse con la partición y adjudicación de los lotes, por el mérito de los títulos archivados correspondientes; sin embargo, las instancias registrales requieren nuevo título otorgado por todos los condóminos.

En este trabajo venimos sosteniendo que, al tratarse un negocio jurídico indirecto, no es posible separar radicalmente los negocios medio y final, por lo tanto, lo que corresponde, una vez inscrita la habilitación urbana (condición), es realizar la

mutación jurídica de la cuota por el lote, en mérito a los títulos archivados. No se trata de un supuesto de división y partición, en el sentido ordinario de la figura previsto en el artículo 992 del Código Civil que es aplicable a las comunidades *proindiviso*, por lo tanto, la figura no es técnicamente aplicable, más aún cuando en toda habilitación urbana existen áreas del predio matriz que se encuentra afectada a aportes reglamentarios, en cuyo caso, ninguno de los condóminos puede adjudicárselos. No hay una posible permuta ni transferencia recíproca de cuotas en estos casos, sino la afectación a favor de un tercero, que es el Estado. En este sentido también resulta impropio hablar de una partición convencional.

Otro punto importante es el siguiente: característica de la partición es que, si se hubiesen constituido gravámenes sobre las cuotas ideales de uno o más copropietarios, éstos se mantendrán independientemente de la parte material adjudicada. Gráficamente en el caso: si se hipoteca una cuota ideal representativa de un lote específico, cuando se realice la partición, el gravamen afectará a todos los lotes de la urbanización, sin perjuicio de lo que se haya indicado en el título constitutivo. Lo mismo sucede con cualquier otra carga o gravamen. Consecuencia de la interpretación que venimos sosteniendo es que, al tratarse de negocios indirectos, debe entenderse como gravado, únicamente el lote representativo de la cuota y no otro. La copropiedad instrumental publicitada en el registro, conjuntamente publicitada con la correspondencia con el lote en el asiento de inscripción, hace que, una vez obtenida e inscrita la habilitación urbana no se requiera de un nuevo título de partición, sino que se dé la mutación jurídica de la cuota por la adjudicación del lote con base al mismo título, habida cuenta de haberse realizado la condición.

h) Prescripción adquisitiva de dominio entre copropietarios

Este es un tema muy discutido en doctrina, donde no hay consenso. Algunos son partidarios de la posibilidad de adquirir por prescripción todo o parte del bien común y otros no. Pero, como señala Ihering (2001) "...las instituciones humanas, al lado de las ventajas que proponen, implican también a menudo inconvenientes y desventajas que se deben sufrir si se quieren aprovechar sus beneficios" Y más adelante: "El valor práctico de una institución no está determinado por la circunstancia de que no representa más que ventajas, sino por el equilibrio entre las ventajas y las desventajas,

y en la preponderancia de las primeras” (p. 63). Analicemos desde esta perspectiva lo establecido en el artículo 985 del Código Civil:

Imprescriptibilidad de la acción de partición

Artículo 985°.- La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.

Se dice como fundamento que los copropietarios nunca poseen a nombre particular sino a nombre de todos; que son coposeedores del mismo grado y que permitir la prescripción entre copropietarios haría ilusoria la regla de imprescriptibilidad de la acción de partición. De otro lado, de la lectura literal de la norma se desprende que no sería posible adquirir por prescripción todo o parte del bien común, ya sea que se posea “de hecho” o en mérito a un “acuerdo previo”, pues no podríamos distinguir ahí donde la ley no lo hace. No obstante, la lectura del citado artículo 985 debe realizarse sistemáticamente con el 974.

Derecho de uso del bien común

Artículo 974°.- Cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no altere su destino ni perjudique el interés de los demás.

El derecho de usar el bien común corresponde a cada copropietario. En caso de desavenencia el juez regulará el uso, observándose las reglas procesales sobre administración judicial de bienes comunes.

Por tanto, el uso particular que no altera el destino del bien, ni perjudica a los demás condóminos no sólo es lícito, sino que, desde nuestro punto de vista, es apto para poder adquirir por prescripción adquisitiva de dominio. Es justamente esta situación la que se da cuando la copropiedad se ha pactado de manera transitoria e instrumental, por lo que no nos encontramos dentro del supuesto de impedimento previsto en el artículo 985° del código civil.

Arata (2009) en relación con este tema señala "... es imposible pretender tomar decisiones bajo los parámetros de la copropiedad ya que los costos del saneamiento, en algunos casos pueden superar el valor de la propiedad, por lo que debe aplicarse el "principio de primacía de la realidad" conforme al cual (...) lo que el derecho debe

reconocer es lo socialmente tangible, que no es otra cosa que las titularidades individuales que en la práctica se ejercen y reconocen" (p. 229-230). Cita las legislaciones española y chilena en las que no se prevé la imprescriptibilidad adquisitiva entre copropietarios y donde "la doctrina y jurisprudencia de dichos países dan cuenta de la existencia de posiciones encontradas..." (p.228). Concluye sugiriendo la posibilidad del saneamiento a través de la prescripción adquisitiva de dominio.

Efectivamente, concordamos con esta posición. Agregamos que el fundamento se encuentra en que la copropiedad, en nuestro caso, es producto de un negocio jurídico indirecto, en el que el uso exclusivo de una parte material del bien "común" ha sido pactado previamente, por lo que no es posible sostener que se perjudique a los demás copropietarios, cuando todos asumieron anticipadamente que su cuota se reflejaba en un lote o espacio físico determinado. Nos alejamos de la tesis del profesor Arata cuando afirma que la prohibición del artículo 985 leída juntamente con el artículo 974, se refiere no solo a los casos en que de hecho o en virtud de un acuerdo incluso se posea con exclusión del resto de condóminos ya sea sobre parte o todo el bien común, pues la lectura sistemática de ambos artículos nos lleva justamente a la interpretación contraria.

Ahora bien, en esta línea, si se sostiene que es posible prescribir el lote pactado inicialmente, ello conlleva a concluir que no se es copropietario de los demás lotes, pues nunca hubo interés ni vínculo hacia ellos. Esta es la conclusión lógica luego de la aprobación de la habilitación urbana o de su regularización. La eventual prescripción debe por tanto llevar aparejado la renuncia a cualquier pretensión respecto de los demás lotes; esto acorde con lo que Arata denomina "principio de primacía de la realidad" en materia civil, y que nosotros preferimos señalar como consecuencia natural de la voluntad formalmente manifestada por las partes, en un negocio jurídico indirecto, luego de realizada la condición.

Ihering sostenía que la posesión es una posición avanzada de propiedad, que no es protegida sino mirando a la propiedad misma. La usucapión o prescripción adquisitiva de dominio tiene su fundamento en la seguridad jurídica: evita lo que los glosadores denominaban la "prueba diabólica" y en términos de Josserand citado por

Romero (1950) “más que un modo de adquirir es un modo de consolidar la propiedad (p.158). El caso presentado nos lleva a cuestionar la conveniencia de mantener la actual regulación de algunas instituciones del derecho civil, como la copropiedad y la prescripción adquisitiva de dominio, cuando éstas representan claramente una desventaja en la posición jurídica y económica de las partes. El Registro, reducidor de costos de transacción por excelencia, en la práctica está haciendo todo lo contrario. Proponemos por tanto una modificación legislativa en el sentido que la prohibición prevista en el artículo 985 citado, no sea aplicable en los casos de copropiedad generada por negocios jurídicos indirectos pues no se pretende constituir una comunidad *proindiviso*, y por lo tanto pueda habilitarse de la prescripción adquisitiva de dominio de los lotes, como mecanismo de saneamiento de estas situaciones. También deberá de modificarse el artículo 992 para incorporar una nueva forma de extinción de la copropiedad.

Finalmente, el parte notarial o judicial que se presente al Registro (luego de realizada la condición) deberá de registrarse sin mayores inconvenientes, teniendo en cuenta que en el CXIV Pleno del Tribunal Registral aprobado en sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada el día 06 de noviembre de 2013 se ha aprobado el siguiente acuerdo plenario:

Calificación de prescripción adquisitiva notarial

"No es materia de calificación la aplicación del artículo 985 del Código Civil en los procedimientos de prescripción adquisitiva notarial, ya que ello constituye la motivación o el fondo de la declaración notarial".

Si bien, para la adopción del acuerdo no se han analizado los casos que venimos estudiando, el acuerdo ha sido planteado de tal manera que no hace ningún distingo a los casos que pudieran aplicarse.

212 Estudio de las instituciones de derecho urbanístico vinculadas a la transferencia de cuotas ideales

2.1.2.1. Sobre el derecho urbanístico

Carceller (1989) define el derecho urbanístico de la siguiente forma:

Es el conjunto de reglas a través de las cuales la administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas a la ordenación del territorio” (p. 22).

A este concepto, bastante ilustrativo respecto de los intereses que se pretenden proteger y/o regular a través de las normas del Derecho Urbanístico, no obstante, es necesario agregar algunas acotaciones. Por ejemplo, que en una ciudad existen muchas más “posiciones jurídicas” que las de *propietario-administrado* y *administración*; sobre todo, en las modernas, donde hay alta densidad de población.

En esta convivencia -interacción- se proporcionan bienes y servicios que mejoran la vida de los ciudadanos, pero también se generan efectos negativos. En general “Lo que los economistas denominan «efectos de vecindad», es decir, aquellas repercusiones que provocan sobre el patrimonio de terceros los actos que determinado dueño realiza en el suyo...” (Hayek, 2019, p. 447). Es lo que, desde la terminología del análisis económico del derecho se denomina “externalidades”, es decir, los efectos hacia terceros que no participan en la relación contractual o administrativa, y que pueden ser positivos o negativos, según se les genere algún beneficio o perjuicio.

Es en este contexto, en el que se establece la necesidad de diferenciar diversos estatutos de propiedad, categoría que la doctrina ha consolidado, y que constituyen una técnica para armonizar los intereses de los ciudadanos. Un cálculo que permite “delimitar” los derechos de propiedad, a fin de menguar los efectos negativos de un aprovechamiento no responsable. En términos de Hayek (2019)

En realidad, acontece que el uso de cada parcela ubicada en las ciudades depende en cierta medida del actuar de quienes residen en sus inmediaciones y, en parte también de los servicios públicos que la propia colectividad facilita y sin los cuales la utilización práctica de los inmuebles propiedad de cada vecino, apenas si sería posible.

Añade el mismo autor que una de las soluciones se daría a través del planeamiento realizado por autoridades investidas de poder coactivo y en ausencia de ella, aparecerían otras instituciones capaces de establecer una adecuada delimitación (p. 447).

Ahora bien, el contenido del derecho de propiedad no ha sido el mismo siempre (como no lo ha sido tampoco el propio concepto de propiedad). El uso natural del suelo en una sociedad agrícola y ganadera será el cultivo o las tierras de pastoreo; en una ciudad lo será la edificación y, probablemente también, la habilitación para su uso urbano. Lo que nos lleva a concluir que los “estatutos de propiedad” son un concepto también cambiante (evoluciona, si se quiere) conforme lo requiere la satisfacción de las necesidades de sus titulares en su interacción.

La legislación española, en el Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en cuanto a actuación urbanística), diferencia el Estatuto Básico del Ciudadano, el Estatuto básico de la iniciativa y la participación en la actividad urbanística y el Estatuto jurídico de la propiedad del suelo. Esto quiere decir que se reconocen diferentes estatutos subjetivos básicos, que van más allá de las categorías de propietario y administración, como tradicionalmente se entiende.

En nuestro ordenamiento, la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, se limita a establecer cuáles son los actores en los procesos de urbanización y edificación, sus derechos y responsabilidades. Así, en el artículo 4 se considera al Promotor Inmobiliario o Habilitador Urbano, a los Propietarios, Profesional Responsable del proyecto, Responsables de la Habilitación Urbana y/o Edificación, Comisión Técnica, Revisores Urbanos, Delegados Ad-Hoc, Delegados de Servicios Públicos, Municipalidades, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y el Registrador Público. En la misma línea, el Reglamento Nacional de Edificaciones Norma G030, artículos 1 al 55 señala los derechos y responsabilidades de los actores en los procesos de construcción. No se utiliza el concepto de estatutos de propiedad en las normas urbanísticas nacionales (que ciertamente consideramos útil para delimitar los ámbitos de actuación del Estado, de los propietarios y de los promotores inmobiliarios e incluso de los terceros que pudieran ser afectados en el

proceso). Sin embargo, aunque con una sistemática distinta, hay algunas referencias con otras denominaciones, como por ejemplo la prevista en el artículo 88 del D.S N°022-2016-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, sobre las Limitaciones legales al uso del suelo, subsuelo y sobresuelo urbano y la del artículo 110 sobre la clasificación de las zonas de uso del suelo, subsuelo y sobresuelo.

También pueden distinguirse configuraciones legales específicas atendiendo al tipo de bien inmueble: predio rural, rústico, urbano, predio considerado patrimonio cultural, área natural protegida, de alto riesgo etc. O, al uso específico de los predios establecido en los planes: residencial, vivienda, taller, comercial, industrial, recreacional, etc. Y dentro de éstos, subtipos como residencial de alta, media y baja densidad; gran industria, industria liviana y elemental; comercio especializado, intensivo, zonal y vecinal, etc. (Véase artículo 101 del D.S. N° 022-2016-VIVIENDA).

Podemos decir entonces, como sostiene Galvis (2014), que el Derecho Urbanístico está compuesto por aquellas normas que buscan armonizar los intereses de los diversos actores en el proceso de urbanización y organización del territorio, planeando y ordenando el suelo, distribuyendo equitativamente las cargas y los beneficios, limitando la propiedad, y, en su caso, haciendo prevalecer el interés general.

2.1.2.2. Estatutos y función social de la propiedad

A principios del siglo XX en la doctrina empezó a surgir la tesis de la diferenciación de estatutos propietarios, Ello como una forma de justificación de la proliferación de leyes “especiales” que diferenciaban el tratamiento de la propiedad forestal de la urbana. Josserand afirmaba que “no existe una sola propiedad sino distintas propiedades”. Justificaba su afirmación indicando que “el interés de la sociedad exige que la apropiación de los bienes se sujete a estatutos en armonía con los fines perseguidos, que varían mucho” (Muñoz, 2009, p. 147). Así el asunto, se concluye que la apropiación y explotación de los bienes obedecen a una diversidad de fines, pero que estos deben de relacionarse con el interés de la sociedad, lo que se traduce en la existencia de una diversidad de regímenes o estatutos propietarios.

Esto es doctrina aceptada, no obstante, esta construcción teórica que busca armonizar los intereses de los propietarios y los de “la sociedad”, si bien útil en términos de estandarización y predictibilidad (esto es, de seguridad jurídica), resulta ser bastante abstracta e imprecisa. Una ciudad es una construcción colectiva. Se trata de personas y de grupos de personas interactuando en un espacio concreto que se crea fundamental e históricamente, por la especialización del trabajo y el intercambio. Ahora bien, se suele decir que toda ciudad es producto de una planificación, centralizada o no. Urbanistas de la talla de Jane Jacobs y Christopher Alexander sostienen que las ciudades espontáneas son aquellas que responden a las necesidades de sus diversos actores, no en atención a un plan único, centralizado y coactivo, sino a diversos planes consensuados que emergen más bien del emprendimiento y activismo ciudadano.

Cuando se habla de ciudades “espontáneas” no significa que éstas sean carentes de planificación¹⁷. Como sostiene Azpitarte (2018): “No es posible que una sola persona o grupo de personas conozcan la información necesaria para planificar una ciudad ni que, por lo tanto, puedan detectar las descoordinaciones que amenazan a la sociedad” (p. 75)¹⁸. Es esta coordinación de intereses, basado en las características propias del bien materia de aprovechamiento, en la tecnología, en su escasez, entre otros factores, lo que justifica los diferentes reglamentos o estatutos propietarios.

Ahora bien, un sector de la doctrina considera que la causa de los estatutos propietarios se encuentra en que la propiedad no es únicamente un derecho subjetivo, es decir, un haz de facultades que le permiten al propietario explotar un bien en provecho propio, sino que además presupone una carga, una obligación de explotar el bien acorde con los intereses de la sociedad. La propiedad no sólo satisface un fin personal, sino un fin social; por ello se habla de función social de la propiedad. “La función social aparece, por tanto, como fundamental causa del fenómeno de la diversificación del dominio” (Muñoz, 2009: 149).

¹⁷ Aquí hay que hacer la siguiente precisión: contraponemos la planificación central de la espontaneidad, entendida esta última, no como azar o caos, sino como consecuencia de acciones privadas y empresariales, en ausencia de autorizaciones y control de un ente estatal.

¹⁸ Azpitarte concluye que la planificación estatal está muy lejos de la eficiencia que pudiera lograrse si la planificación la realizaran los empresarios.

Se reconoce en León Duguit, al fundador de la teoría de la función social de la propiedad. En “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón” señala que el concepto de propiedad capitalista en cuanto aprovechamiento con exclusión o no intromisión, transmite la idea de enfrentamiento y de ausencia de limitación. Por ello, la propiedad debe dejar de ser un derecho subjetivo para convertirse en una función. En esta idea, la propiedad se aleja del carácter absoluto que prevalece en el Código de Napoleón y se reinserta, trasmutada, en el sistema.

Para Pasquale (2020) la propiedad no sólo garantiza la libertad individual, sino que, “en la medida que esta se realiza en una sociedad, con el concurso de la comunidad toda, debe servirla también a ella”. La solidaridad o interdependencia es el fundamento del derecho de propiedad que, en Duguit, se convierte en derecho “objetivo”; lo que además (y, sobre todo) permite sustentar la intervención estatal para exigir a los propietarios ciertas conductas, como el uso obligatorio de sus bienes, su conservación, hasta el aprovechamiento que suponga un máximo beneficio social.

De reconocer la existencia de estatutos propietarios, para menguar o compensar la existencia de externalidades negativas, o, en otros términos, para incentivar el aprovechamiento responsable de la propiedad (equilibrio entre los beneficios y perjuicios provocados a terceros o a la sociedad), hasta la justificación de los estatutos, en una “función social de la propiedad” hay un salto conceptual enorme. Como afirma Pasquale se pretende aplicar una estructura conceptual y política que responde a intereses privados para la realización de fines sociales. Y es que Duguit elaboraba una teoría del Estado en la que reemplazaba el concepto de *imperium* por el de “servicio público”, llevando este último hasta sus últimas consecuencias, incluso al ámbito de los actos privados. El servicio público en el ámbito privado es su función social.

Todo derecho -individual- tendría, entonces, un fundamento o función social. En esta línea ¿podría hablarse acaso de una función social de la libertad, de la integridad personal, de una función social de la vida misma? Medina de Lemus (1995) se pregunta: ¿cuál es la función social del derecho de propiedad cuando recae sobre un bien de consumo? (p. 57). Como vemos, esta generalización nos puede llevar a

equivocos, y más que una garantía para coordinar las posiciones entre los actores en el ámbito urbanístico puede justificar intervenciones arbitrarias y sin compensación del Estado en la propiedad privada, con excusas en aparentes fines sociales “más valiosos”; lo que deriva en expropiaciones regulatorias o indirectas Pasquel (2020). O, como lo señala Azpitarte (2018): “una función social sustentada en una confiscación de la propiedad es una perversión jurídica y filosófica que, desde León Duguit, ha servido como justificación utilitarista capaz de legitimar el intervencionismo estatal en la propiedad privada” (p. 291).

Las tesis conciliadoras señalan que la función social sirve para delimitar el contenido o facultades del derecho de propiedad y hacen que su titular haga un ejercicio moralmente aceptable de su derecho, concordado con los intereses de los demás. La función social es un concepto jurídico indeterminado, una abstracción que abarca una generalidad de casos. En la realidad, se concretan en los diversos estatutos regulados en planes y leyes específicas. Más adelante incidiremos en los grados de intervención de éstos en la propiedad privada a propósito de la normativa urbanística.

En América Latina se ha consagrado constitucionalmente la tesis de la función social de la propiedad. Así, por ejemplo, en el artículo 38 de la Constitución Argentina, en el 182 de la Constitución Federal de Brasil, el 58 de la Constitución Colombiana y el 19.24 de la Constitución Chilena. Se encuentra expresamente también en las constituciones de Bolivia, Nicaragua, Paraguay y Panamá. En Perú, el artículo 70 de la Constitución Política del Estado establece que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley...” El bien común es una de las maneras como se expresa la función social, como lo es también el “interés general”. Según el Tribunal Constitucional en el fundamento 78 de la sentencia 000482004-AI:

Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad

privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

Se dice que la propiedad no es sólo un derecho subjetivo sino una “garantía institucional” (sentencia N° 00005-2006-AI/TC y N° 0030-2004-AI/TC), es decir, la Constitución la garantiza en su contenido esencial, a fin de preservarla como institución fundamental en la sociedad. Dentro de esta perspectiva, atendiendo a que, como se señala en la sentencia **N° 00665-2007-PA/TC**: “El derecho de propiedad no es un derecho absoluto desde el momento en que su reconocimiento se realiza en un ordenamiento donde coexisten otros derechos fundamentales, pero también una serie de bienes (principios y valores) constitucionalmente protegidos”, se pueden establecer límites, siempre que no se afecte el contenido nuclear del derecho, esto es, que lo haga irreconocible ¹⁹. La Constitución funciona entonces como límite a la imposición de límites al derecho de propiedad. Este razonamiento tiene mucho sentido, más aún si, como señala Pipes (2005):

El derecho de propiedad no garantiza en sí y de por sí los derechos y libertades civiles. Pero, históricamente, ha sido el mecanismo más efectivo para asegurar ambas cosas, porque crea una esfera autónoma en la que, de mutuo acuerdo, ni el Estado ni la sociedad puede incurrir en usurpación.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional, en consonancia con corrientes filosóficas comunitaristas, ha ido más allá, al señalar:

La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes

¹⁹ Encontrar en cada caso cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad es bastante complicado, para ello, el Tribunal Constitucional Español ha utilizado las denominadas técnicas de la “Configuración Dogmática” y de la “Jurisprudencia de los intereses”. La primera se refiere a la interpretación que se desprende de la imagen teórica dominante en el momento histórico preciso, a la *communis opinio* doctrinal en cuanto que ésta en términos jurídicos, representa la conciencia social de la época. En la segunda técnica el contenido esencial del derecho será aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. (Muñoz, 2009, p. 206-207).

utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía” (sentencia N° 0082003.AI, fundamento 26).

No se trata entonces solo de límites que no afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad, sino de orientar la explotación de los bienes acorde con una “funcionalidad social” que debe de descubrirse en cada caso. Aunque refiriéndose a la función del Tribunal Constitucional en el Estado Social y Democrático de Derecho, en contraposición a un Estado “liberal”, es interesante lo señalado en el fundamento 7 de la sentencia 000482004-AI:

“El sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama para sí, sino para los demás; el "yo" quiere que también el "tú" sea libre, porque ve en él su igual. De ese modo, para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, **la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, Limitándola**” (negrita agregada).

Puede concluirse entonces que, para el Tribunal Constitucional tanto los derechos de propiedad, como la libertad, institucionalmente cumplen fines sociales igualitarios, lo que encuentra su fundamento en la solidaridad o interdependencia (Duguit).

2.1.2.3. Planificación urbana

La ciudad es un espacio organizado para la interacción. Señalamos que se crea fundamentalmente por la especialización del trabajo y el intercambio, y que se suele decir que toda ciudad es producto de una planificación. Podría pensarse incluso que la ciudad se crea primero en el imaginario de la burocracia estatal para luego realizarse en un espacio concreto. Sin embargo, la realidad demuestra que esto no es así. La ciudad surge como producto de acuerdos voluntarios en cuanto a la forma en cómo se organiza el suelo, se delimita lo privado de lo público, se establecen usos, derechos y límites, entre otros. Según Ihering: *“La ciudad surgió originalmente a*

través un orden, sin plan” (Azpitarte, 2018, p. 197). En realidad, lo que quiere decir el jurista es que el orden se generó sin planificación central, es decir como consecuencia de acciones individuales o empresariales, en ausencia de autorizaciones y control de un ente central o estatal.

El plan en materia urbanística siempre ha existido. Los primeros asentamientos humanos no fueron concebidos por un plan centralizado, coactivo y previo, sino que se configuró poco a poco. “Allí donde se comerciaba surgió una plaza, y por aquellos lugares por donde se caminaba, se dibujaba la calle” (Azpitarte; 2018, p. 197). Ahora bien, es con la revolución industrial y la concentración demográfica que se generan nuevas condiciones de vida, que el planeamiento urbano se hace indispensable y a cargo de un poder coactivo y centralizado. A esto hay que agregar otras variables como la ecología, la tecnología y la globalización.

Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española plan es un proyecto (primera acepción) o un modelo sistemático de actuación pública o privada que se elabora anticipadamente para dirigirla o encausarla (segunda acepción); es, por tanto, un medio para conseguir un fin. En palabras de Carceller (1989) el plan es un medio para ordenar la ciudad y también para dirigir el ordenamiento del territorio. La ciudad se funda previo análisis de las condiciones del lugar (abastecimiento de agua, comunicaciones, desarrollo industrial, necesidad de viviendas, etc.) y luego el establecimiento de unas previsiones racionales sobre dónde se podrá construir, cómo habrán de ser las edificaciones y cuál será su destino (p. 104).

2.1.2.4. Naturaleza jurídica de los planes urbanos

En la doctrina nacional no se ha realizado mayor debate respecto de cuál es la naturaleza jurídica de los denominados planes urbanos, a diferencia del caso español o colombiano donde se ha discutido si los planes constituyen actos administrativos singulares o verdaderas normas. Hoy es unánime la opinión acerca de la naturaleza normativa de los planes, pues éstos se expresan en leyes reglamentarias u ordenanzas.

Es la opinión de tratadistas como García de Enterría y Dromi, así también del Tribunal Constitucional español. A este respecto, se dice que “el planeamiento urbanístico no tiene rango de ley, siendo precisamente, una norma jurídica de carácter reglamentario,

como ha sido reiterado por la jurisprudencia” (Santos Diez y Castela Rodríguez, 2008, p. 534). Es el caso también de Alemania y Bélgica. La doctrina nacional va en el mismo camino, así Castro Pozo (2007) afirma:

Desde el punto de vista legal, lo importante en la planificación territorial es la adopción y la aprobación del respectivo plan. Como se sabe, los planes, y específicamente los territoriales y urbanísticos, constituyen normas generales que son una expresión concreta de la competencia y de las facultades del que se encuentra premunida una determinada entidad de la administración pública... (p. 325).

En cuanto a la legislación, el artículo 15.1 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible señala respecto del Plan de Acondicionamiento Territorial:

Es el instrumento técnico - normativo de planificación física integral en el ámbito provincial que orienta y regula la organización físico - espacial de las actividades humanas en cuanto a la distribución, categoría, rango jerárquico y rol de los centros poblados en los ámbitos urbano y rural; la conservación y protección del recurso y patrimonio natural y cultural; el desarrollo de la inversión pública y privada en los ámbitos urbano y rural del territorio provincial; y, la ocupación y uso planificado del territorio, para lograr el mejoramiento de los niveles y calidad de vida de la población urbana y rural, bajo el enfoque territorial prospectivo, competitivo y de sostenibilidad, en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial Regional, las Políticas, las Regulaciones Regionales y Nacionales y, el SINCEP.

En el artículo 24.1 del Plan de Desarrollo Metropolitano se define al plan de la siguiente manera:

Es el instrumento técnico - normativo que orienta y regula la gestión territorial y el desarrollo urbano sostenible de las áreas metropolitanas, conformadas por jurisdicciones distritales, cuyas circunscripciones son parte de una continuidad física, social y económica. Se elabora en concordancia con el Plan

de Ordenamiento Territorial Regional, las Políticas y Regulaciones Regionales y Nacionales y el SINCEP.

Finalmente, el artículo 32 del Plan de Desarrollo Urbano lo define así “Es el instrumento técnico - normativo, que orienta el desarrollo urbano de las ciudades mayores, intermedias y menores, con arreglo a la categorización establecida en el SINCEP”.

2.1.2.5. La habilitación urbana

La habilitación urbana es la expresión legal de un fenómeno complejo que significa el tránsito de un modo de vida a otro. Implica la concentración y redistribución de la población y de nuevas actividades, en un determinado espacio que antes tenía usos rurales (o que no tenía ningún uso) para asignarle en cambio un uso urbano. No sólo se trata de una nueva estética sino de la formación y/o expansión de modos o estilos de vida asociados a nuevas actividades económicas (productivas, industriales, de comercio, etc.) que satisfacen de mejor manera las necesidades de la población.

Ello no quiere decir que los espacios urbanos y rurales se encuentren completamente diferenciados e inconexos, pues éstos se relacionan e influyen, así como también se relacionan e influyen las ciudades mismas. O, como señala Bottino: “por lo tanto todas las ciudades tienden a integrarse en una ciudad global, en una verdadera ecumenópolis” ²⁰. Un concepto bastante técnico, sencillo y gráfico del proceso urbanizador lo encontramos en Bueno (1987):

“Urbanizar consiste en el proceso por el cual un terreno apto para ser construido es dotado de los servicios de infraestructura (los servicios públicos y las vías), se definen en él las áreas destinadas al uso privado (en lotes, superlotes, manzanas y supermanzanas) y al uso público (zonas verdes y comunales), se hacen las correspondientes cesiones al distrito, y se determinan las obligaciones del urbanizador responsable. (p. 334)

²⁰ Bottino, B. *La Ciudad y la Urbanización*, Estudios Históricos – CDHRP- 2009. En www.estudioshistoricos.org Recuperado el 29/03/2020.

En el artículo 3.1 de la Ley 29090 –Ley de regulación de habilitaciones urbanas y edificaciones- la define técnicamente como:

El proceso de convertir un terreno rústico o eriazo en urbano, mediante la ejecución de obras de accesibilidad, de distribución de agua y recolección de desagüe, de distribución de energía e iluminación pública. Adicionalmente, el terreno puede contar con redes para la distribución de gas y redes de comunicaciones. Este proceso requiere de aportes gratuitos y obligatorios para fines de recreación pública, que son áreas de uso público irrestricto; así como para servicios públicos complementarios, para educación, salud y otros fines, en lotes regulares edificables que constituyen bienes de dominio público del Estado, susceptibles de inscripción en el Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

La ley prevé que todo proceso urbanizador requiere de previas autorizaciones administrativas que verifiquen la concordancia del proyecto con el plan aprobado. En este esquema, la ciudad –o el proyecto de ella– se encuentra primero en el imaginario visual de la burocracia y debe concretarse con la ejecución del proyecto. Existen por tanto procedimientos específicos para la aprobación de planes urbanos en todos sus niveles y existen también procedimientos específicos para la tramitación de las habilitaciones urbanas dependiendo de la ubicación del predio, de los usos a asignar, de la envergadura del proyecto, etc. los cuales no son materia de análisis en el presente estudio. Basta señalar que el artículo 8 de la Ley 29090 establece como obligatoria la solicitud de licencias a quienes cuentan con derecho a habilitar o edificar y más adelante que es el otorgamiento de la licencia el que determina la adquisición del derecho en los términos y condiciones establecidos en la autorización. Advertimos, en este punto, que existe un error en la técnica legislativa, pues mientras en el citado artículo se dice que los derechos preexisten al otorgamiento de la licencia, en el artículo 12 se señala que es la licencia la que les otorga las facultades para habilitar o construir. Y es que, pese a vivir un auge en la actividad inmobiliaria en nuestro país, no se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de los derechos a habilitar y de edificar, esto es, si corresponden a una facultad natural de *dominus* o si constituyen una concesión del estado.

Existen sanciones administrativas para quienes incumplen la normativa urbanística, específicamente los establecidos en los artículos 48 y 49, Capítulo VII del Reglamento Nacional de Edificaciones, donde se establece que constituye infracción la ejecución de una obra sin la licencia respectiva, o autorizar y/o ejecutar edificaciones en áreas urbanas, que no cuenten con habilitación urbana autorizada. El cuadro de sanciones deberá de ser aprobado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos -TUPA- de cada municipalidad. Asimismo, existen sanciones previstas en la Ley 29090 y en su Reglamento, como la prevista en el artículo 78 j) de este último, en la que se establece una multa del 10% del valor de la obra ejecutada sin licencia, por regularizar.

Pero no sólo existen sanciones administrativas sino también penales, así por ejemplo en los artículos 311 del Código Penal, referido a la Utilización indebida de tierras agrícolas:

El que utiliza tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola con fines de expansión urbana, de extracción o elaboración de materiales de construcción u otros usos específicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. El que valiéndose de anuncios en el propio terreno o a través de medio de comunicación social, ofrece en venta para fines urbanos u otro cualquiera, áreas agrícolas intangibles, será reprimido con la misma pena.

Artículo 312 referido a Autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley:

El funcionario público que autoriza un proyecto de urbanización para otra actividad no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales o el profesional que informa favorablemente, a sabiendas de su ilegalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4.

Finalmente, el 313 referido a la Alteración del ambiente o paisaje:

El que, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, altera el ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o modifica la flora o fauna, mediante la construcción de obras o tala de árboles que dañan la armonía de sus elementos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días-multa.

Tipos penales en los que se protege tanto el medio ambiente (urbano o rural) como el correcto funcionamiento de la administración pública, y cuyo sujeto activo puede ser el propietario o poseedor, así como el funcionario público que autoriza un proyecto de urbanización no conforme con los planes. Las penas van de uno a tres años. No obstante, pareciera no cumplirse la finalidad preventivo general o disuasiva de la norma.

Como veremos más adelante, en materia de habilitación urbana y construcción, siempre existen procedimientos de regularización o de reconocimiento legal de la situación informal; incluso cuando existen infracciones a la normativa urbanística. El desacato es más que evidente, sobre todo en distritos de la periferia de la Capital como Lurín, Pachacamac, Ate, Carabayllo, Puente Piedra, entre otros, donde se puede ver predios de gran extensión en la que existen urbanizaciones informales. Las sanciones administrativas y penales no cumplen la función intimidatoria que les son propias.

El actual procedimiento de habilitación urbana comprende dos etapas: La aprobación del proyecto de habilitación urbana y la recepción de las obras. De conformidad con el artículo 18 de la Ley 29090, se supone que el órgano municipal, encargado del control urbano, realiza la verificación de la ejecución de las obras de la habilitación urbana conforme a la licencia aprobada, bajo responsabilidad administrativa, civil y/o penal.

2.1.2.6. Habilitación urbana de oficio

La ley de Habilitaciones Urbanas N° 29090, pese a establecer la obligatoriedad de solicitar licencias previas, también señala en el artículo 24 la posibilidad de “regularizar” urbanizaciones *de hecho*. Es decir, aquellas que se han generado sin las autorizaciones municipales a las que hemos hecho referencia. Las denomina

“habilitaciones urbanas de oficio” y se refiere a los predios matrices que registralmente se encuentran calificados como *rústicos* ²¹ pero que de hecho, se encuentran conformado una zona urbana consolidada. Esto es, en la realidad cuentan con servicios públicos domiciliarios y edificaciones. Una “vuelta a la legalidad” para aquellos que habilitaron o construyeron sin gestionar previamente las autorizaciones. Textualmente el artículo 24 señala:

Artículo 24.- Habilitaciones urbanas de oficio

Las municipalidades distritales y las provinciales o la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el ámbito del Cercado, declaran la habilitación urbana de oficio de los predios registralmente calificados como rústicos ubicados en zonas urbanas consolidadas, que cuentan con edificaciones y servicios públicos domiciliarios, otorgándoles la correspondiente calificación de urbano de conformidad con su realidad local, y dispone la inscripción registral del cambio de uso de suelo rústico a urbano. **Estas habilitaciones no se encuentran sujetas a los aportes de la habilitación urbana.** (Negrita agregada)

La Habilitación Urbana de Oficio también puede ser impulsada por los propietarios de predios que figuren en el registro municipal como urbanos y se mantengan en los registros públicos como rústicos, aun cuando cuentan con obras y servicios similares a las áreas urbanas inmediatas. Los requisitos y condiciones para obtener de las municipalidades la habilitación urbana de oficio se establecerán en el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación.

Esto que parece un contrasentido, es una constante en la legislación urbanística en el Perú, tanto en materia de habilitación urbana como edificatoria, y puede verificarse por ejemplo en el artículo 5 de la anterior Ley General de Habilitaciones Urbanas, Ley 26878 que data de noviembre de 1997, así como en el Reglamento Nacional de Construcciones aprobado por Decreto Supremo N° 063-VI del 15/12/1970, en cuyo capítulo IVX- II-IVX-1 definía a la regularización de la siguiente manera:

²¹ Los predios rústicos pueden ser a su vez: Rurales si se encuentran dedicados al uso agrícola, pecuario o forestal, o Eriazos si se trata de terrenos improductivos por falta o exceso de agua.

Se denomina regularización al proceso que deba llevarse a cabo con el objeto de normalizar las habitaciones y subdivisiones de tierra que hubiesen efectuado con anterioridad a la expedición de este reglamento nacional en forma irregular o de hecho esto es total o parcialmente al margen de los diferentes reglamentos de urbanizaciones que han regido este tipo de actividades en el país a partir del 22 de agosto de 1924.

Se establecía además procedimientos e incentivos para quienes se acogían a los procedimientos de regularización, además de sanciones con multas a quienes transferían lotes sin autorización. Sin perjuicio de toda esta normativa tenemos adicionalmente los procedimientos de formalización de Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares a cargo del Organismo Formalizador de la Propiedad Informal -COFOPRI.

Podemos concluir entonces que, en el Perú, constituye una costumbre bastante arraigada que las urbanizaciones se generen al margen de la ley, incluso desde antes de 1924. Como relata Castro Pozo en toda la década del 20 se produjo un boom urbanizador en la periferia de Lima, la mayoría sin autorización administrativa. La transferencia de lotes se hacía a través de las denominadas “promesas de venta”. Hay evidencia de ellas en el Registro de Predios y se habrían utilizado como una manera de burlar el cumplimiento de la ley, pudiendo considerarlo como un antecedente de los casos que venimos analizando en la medida que también refleja la búsqueda de algún nivel de seguridad en el registro público, pues de otro modo, los contratos permanecerían en la clandestinidad.

Esta es la manera como históricamente se ha hecho ciudad en nuestro país (o por lo menos, gran parte de ella). Un considerable número de “barrios” y urbanizaciones en Lima y en otras Regiones se han generado por iniciativa privada y en ausencia de controles administrativos. La ciudad no se ha generado desde la visión centralizada de la burocracia sino por el impulso colectivo de sus ciudadanos, quienes incluso “gestionan” los cambios de zonificación para que sus urbanizaciones sean reconocidas. Desde el Estado no ha existido una forma alternativa de entender y enfrentar este problema, si en verdad lo es, pues en países como el nuestro donde el costo de la legalidad es tan alto y la necesidad de vivienda urgente, la informalidad

más que un problema, a veces representa una solución. En esta línea, las normas se han limitado a establecer procedimientos para un saneamiento posterior.

Reiteramos, la ley prevé que la licencia se otorgue primero, establece sanciones administrativas e incluso penales. Sin embargo, nada de esto persuade a las personas para que "de hecho" habiliten o urbanicen predios sin licencia. Y este fenómeno no es sólo nacional, sino muy característico de América Latina, por ejemplo, en Colombia se conocen como Asentamientos Piratas y Comunas, Favelas en Brasil, Villas en Argentina y Asentamientos irregulares en Ecuador y Venezuela. En estos casos se trata de la ocupación de predios sin título, es decir, típicas “*invasiones*” en propiedad ajena, privada o pública. El saneamiento de estos casos normalmente comprende la regularización o saneamiento de la situación urbanística, así como de la titulación individual de los lotes.

Ahora bien, es necesario señalar que no se trata de reconocer la existencia de cualquier urbanización de hecho o irregular, pues antes se realiza una evaluación técnica y legal de su procedencia. El artículo 24-A, 24-B y 24-C de la Ley 29090 establece el procedimiento y los casos de improcedencia. Textualmente:

Artículo 24-A.- Procedimiento de habilitación urbana de oficio. El procedimiento se inicia con la identificación de los predios matrices que reúnen las condiciones para ser beneficiados con la habilitación urbana de oficio.

La municipalidad notifica a los titulares registrales de los predios matrices y a los ocupantes del predio, sobre el inicio del procedimiento de habilitación urbana de oficio y la elaboración del expediente técnico cuyos requisitos lo establece el reglamento de la presente Ley.

La municipalidad elabora el expediente técnico que sustenta la declaración de la habilitación urbana de oficio. La declaración se efectúa mediante resolución municipal que dispone la inscripción registral del cambio de uso rústico a urbano. La inscripción individual registral es gestionada por el propietario o por la organización con personería jurídica que agrupe a la totalidad de propietarios. Para la declaración de habilitación urbana de oficio, el predio matriz debe:

1. Encontrarse inscrito en la oficina registral como predio rústico.

2. Ubicarse en una zona urbana consolidada con edificaciones destinadas a vivienda y demás complementarias a dicho uso. El nivel de consolidación será del 90% del total del área útil del predio matriz.
3. Contar con servicios públicos de agua potable, desagüe o alcantarillado, energía eléctrica y alumbrado público.
4. Encontrarse definido el manzaneo y lotización y ejecutadas las vías **acordes con los planes urbanos y alineamiento vial, aprobados por la municipalidad respectiva.**
5. En caso de encontrarse afectado por condiciones especiales, debe encontrarse ejecutada la canalización de acequias de regadío y respetar las servidumbres de los cables de red eléctrica de media y alta tensión, de la vía férrea y la faja marginal de los ríos, de ser el caso.

Artículo 24-B.- Improcedencia de la habilitación urbana de oficio. No procede declarar la habilitación urbana de oficio, cuando el predio matriz:

- a) Tiene en trámite un procedimiento de habilitación urbana o de regularización de una ejecutada ante la municipalidad o de recepción de obras de habilitación urbana a la fecha de publicación de la presente Ley.
- b) Cuenta con servicios públicos domiciliarios, pero no tiene edificaciones fijas y permanentes.
- c) Se encuentra ubicado sobre áreas naturales protegidas, zonas reservadas o fajas de servidumbre, entre otras, según ley de la materia.
- d) Se encuentra ubicado en terrenos de uso o reservados para la defensa nacional.
- e) Se encuentra en áreas de uso público o derecho de vía.
- f) Se encuentra sobre áreas de interés arqueológico, histórico o patrimonio cultural.
- g) Se encuentra incurso en un proceso judicial en el cual se ha de determinar la titularidad, mejor derecho o preferencia de título.
- h) Es considerado por la entidad competente como zona de alto riesgo para la salud, la vida o integridad física de la población.
- i) Cuando exista superposición de áreas con predios de terceros.

En los casos previstos en los literales c), d), e) y f), cuando el predio matriz se encuentra afectado parcialmente, **puede aprobarse la habilitación urbana de oficio excluyendo la zona afectada.**

Artículo 24-C.- Órgano responsable

La municipalidad determina el órgano responsable del procedimiento de habilitación urbana de oficio, con facultades para realizar las inspecciones de verificación catastral, los levantamientos de información topográficos, la elaboración de los planos correspondientes y las respectivas memorias descriptivas, **los cuales están sujetos a las normas urbanísticas establecidas en los planes de desarrollo, acondicionamiento territorial y planeamiento integral.** (Negritas agregadas)

Dos primeras conclusiones saltan a la vista. En primer lugar: que, en el ámbito de sus competencias, las municipalidades verifican que no se contravenga los planes urbanos aprobados, esto quiere decir que las urbanizaciones de hecho susceptibles de ser regularizadas a través de este procedimiento, en general, respetan los planes urbanos. Esto es posible, porque los proyectos, aunque informales, son realizados con un alto grado de previsión respecto de su correspondencia o no con los planes centrales. En segundo lugar, la afectación de áreas protegidas, reservadas, incluso patrimonio histórico o áreas destinadas de uso público, no impiden la regularización de la urbanización. En este caso, se aprobará “parcialmente” la habilitación urbana, excluyéndose las áreas o zonas afectadas. El beneficio es clarísimo, pues quienes adquirieron sus lotes en áreas de libre disponibilidad, no serán perjudicados en su saneamiento, ni tendrán que esperar largos y muchas veces impredecibles procesos administrativos y/o judiciales previos.

Lo contradictorio es que, esta posibilidad que se da a quienes no han seguido el procedimiento regular, no la tienen, en cambio, quienes sí obtuvieron sus licencias. Nos explicamos: existen muchos casos en los que los habilitadores obtienen una licencia de habilitación urbana regular. Sin embargo, en la ejecución no se respeta el proyecto aprobado. Cuando esto sucede, todas las personas que adquirieron lotes en la urbanización se verán perjudicadas, puesto que la habilitación aprobada no podrá recepcionarse y por consiguiente no podrá acceder al Registro de Predios, siendo éste un acto previo y necesario para la inscripción de la independización de los lotes y de las compraventas individuales de los lotes. Lo que estas situaciones evidencian es que,

lamentablemente, existe un nulo control municipal no sólo de las urbanizaciones informales puras (aquellas que no cuentan con ninguna licencia) sino de aquellas que sí fueron autorizadas y que en etapa de ejecución no son supervisadas. Como fuere, resulta un contrasentido que los compradores de los lotes de libre disponibilidad, quienes adquirieron con sujeción a un proyecto que respetaba los planes, se vean perjudicados por acciones ilegales del habilitador. Dichas adquisiciones deberían ser respetadas y por lo tanto recepcionadas parcialmente, en atención a la protección constitucional del derecho de propiedad, pues ninguna limitación podría aplicarse al titular final del lote adquirido de buena fe por actos realizados por terceros y que, además, no dependen de su voluntad. En cuanto a la técnica registral, si bien no ha sido regulado en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, será la de inscribir la habilitación urbana de oficio, con una constancia de “suspensión” del área excluida, lo que permite a su vez, noticiar la existencia de esta “carga” en la partida matriz e impedir la inscripción de transferencias respecto de estas áreas.

Otra característica de este procedimiento es la inexistencia de aportes reglamentarios. Nuevamente un beneficio del que no gozan quienes realiza el trámite ordinario. Más que una vuelta a la legalidad de situaciones irregulares, este tipo de normativa constituye un incentivo a la informalidad. Si bien, el procedimiento es “de oficio”, por tanto, no tiene plazos, ni está sujeto a silencio administrativo alguno, tampoco tiene fechas de corte, esto es, se trata de una norma aplicable a las urbanizaciones informales antiguas o recientes. Puede en estos momentos estar realizándose urbanizaciones completamente informales y esperar, en un tiempo más o menos razonable, que la Municipalidad “de oficio” las regularice. Caldo de cultivo perfecto para la aparición de políticos irresponsables y de mafias de traficantes de terrenos. Es además una renuncia expresa del Estado a la garantía de la propiedad como “función social”, a la que antes hemos hecho referencia, pues puede no haber aportes básicos para los servicios públicos complementarios de educación y salud, ni áreas de uso público como parques, exigibles en toda urbanización formal, lo que, por lo menos, debería llevar a cuestionarnos acerca de la vigencia y relevancia de dicha institución (en los términos legados por Duguit).

Ahora bien, es preciso decir que, si bien la norma no exige que este tipo de urbanizaciones cuente con aportes reglamentarios, si en los hechos existen áreas para

educación, salud, seguridad o parques públicos (es justo decir que en la mayoría de los casos ingresados al registro se advierte la existencia de “aportes” en las habilitaciones urbanas aprobadas de oficio), éstos deberán de mantener dicha condición. Lo que quiere decir la norma es que no se requiere la existencia de aportes reglamentarios para los efectos de la aprobación administrativa, mas no que los lotes, ya en los hechos asignados a uso y servicio público, pierdan esa naturaleza. Finalmente, tal como lo hace COFOPRI en los procedimientos de saneamiento de las urbanizaciones populares, nada impide que se pueda gestionar ante las entidades ediles el previo cambio de la zonificación, a fin de que la urbanización pueda adecuarse a los planes y reconocerse legalmente.

2.1.2.7. Habilitación urbana y transferencia de cuotas ideales la prueba diabólica

Aprobada la Habilitación Urbana de oficio ésta es presentada al Registro de Predios para su inscripción en la correspondiente partida matriz. Puede suceder que el inmueble tenga como titular a una única persona, natural o jurídica. En este caso, realizada la calificación correspondiente, se procederá a su inscripción y eventual independización de los lotes de libre disponibilidad a nombre del único titular. Pero, también puede darse el caso en que en la partida registral del predio matriz se hayan inscrito diversas transferencias de cuotas ideales. En este caso, se publicita un sistema extenso y complejo de copropiedad pues desde el punto de vista del Derecho Registral, conforme al artículo 2013 del Código Civil y VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos que consagra el principio de legitimación, es el contenido de los asientos registrales (y no de los títulos archivados) los que se presumen exactos y válidos. En esta línea, en la independización de los lotes, sean éstos 50, 100, 500 o 1 000, se considerarán como cotitulares a quienes aparezcan como copropietarios en la partida matriz, lo cual genera a su vez una situación paradójica, en la que el inicial titular de una cuota ideal representativa de un único lote, se hace cotitular de cientos de lotes. Si se realiza la búsqueda de propiedades de estas personas en el Registro de Predios, resultará que tiene cientos de propiedades (en cotitularidad con otros). El Registro ha creado un sistema artificial de derechos de propiedad sin sustento en la realidad, de evidentes consecuencias negativas para el crédito, el intercambio y para la economía en general.

La peculiaridad de los casos que analizamos es que, las transferencias de cuotas ideales constituyen en realidad negocios jurídicos indirectos (en los términos ya analizados), y la constancia de ello puede advertirse con claridad de los títulos archivados que dan mérito a los asientos de inscripción, en los que se describe la correspondencia de la cuota con el lote y manzana materia de venta. Sin embargo, para terminar con la copropiedad registralmente publicitada, se exige un nuevo título de adjudicación otorgado por todos los copropietarios en un nuevo instrumento público. Como podrá advertirse, esto constituye una situación, sino de muy difícil cumplimiento, imposible; y no es exagerado decir que constituye un caso de prueba diabólica, pues siendo evidente que el lote que les corresponde se encuentra claramente establecido en los contratos originales, se les exige una nueva prueba, en la mayoría de los casos, irrealizable. En la práctica, existen poquísimos casos de urbanizaciones informales sujetas a copropiedad extensas en las que se disponga de un nuevo título de división y partición que ponga fin a la copropiedad. Más aun, cuando en la partida de los lotes independizados se han realizado posteriores transferencias voluntarias o por sucesión, gravámenes y afectaciones, entre otros actos, que, según lo publicitado por el registro, requieren además la intervención de los acreedores o instituciones públicas, según sea el caso.

Así las cosas, se ha generado una situación perversa e indeseable, en la que todos los lotes terminan siendo de titularidad de decenas o cientos de copropietarios. Todos son dueños de todos los lotes, en función a su cuota ideal. A pesar de que en los contratos se haya consignado que con la habilitación urbana debe de considerarse que son titulares de un único lote. La seguridad inicial dada por la inscripción de la cuota se convierte en incertidumbre, pues el verdadero derecho de propiedad por el lote adquirido no sólo no es reconocido formalmente, sino porque se abre la posibilidad de su pérdida a manos de inescrupulosos traficantes. Como puede advertirse, una situación como esta no es racionalmente aceptable en un Estado Constitucional de derecho, no sólo porque no se protege el verdadero derecho de propiedad transferido, que es el que recae sobre el lote, que es el que se posee y por el que se pagan los tributos y servicios; sino porque la resta liquidez al derecho, esto es afecta su valor en el mercado al no poder dar en garantía el lote ni constituir otros derechos reales sobre él; porque no se los pueden acumular o subdividir o porque no se pueden declarar las edificaciones ni constituir nuevos regímenes de propiedad exclusiva y propiedad

común o de independización y copropiedad, lo cual afecta negativamente la economía: la inversión y la circulación de la riqueza.

No existe en la normativa relativa a las habilitaciones urbanas de oficio alguna solución a este tipo de problema. Jurisprudencialmente tampoco encontramos apoyo para nuestra tesis, sino todo lo contrario. Veamos:

Resolución N° 130-2020-SUNARP-TR-L del 15/01/2020

INDEPENDIZACION DE LOTES DE HABILITACION URBANA DE
OFICIO

De la interpretación lógica del artículo 24 del T.U.O. de las Ley 29090, el cómputo para la independización de los lotes resultantes de la habilitación urbana de oficio correspondientes a predios matrices en copropiedad debe de efectuarse en base al porcentaje de cuotas ideales y no por el número de copropietarios inscritos.

Resolución N° 3046-2019-SUNARP-TR-L del 22/11/2019

TRANSFERENCIA DE CUOTAS IDEALES

Tratándose de transferencia de cuotas ideales, no corresponde publicitar la parte material que representa la alícuota transferida si previamente no se independiza dicha parte material, en virtud del principio de especialidad, y además se adjudica al adquirente vía división y partición.

Este caso es particularmente interesante por cuanto se solicitaba rectificar el dato de la manzana del lote que correspondía a cuota ideal transferida. El Tribunal señala que la equivalencia entre la alícuota transferida y la parte material correspondiente responde a un pacto entre las partes que no tiene trascendencia para los terceros, en la medida que la asignación de la parte material implica una división y partición, y que para efectos de ser publicitada tendrían que intervenir todos los copropietarios registrales del predio submateria. Este criterio es uniforme en la segunda instancia registral.

En sede judicial podemos citar el auto de vista recaído en el Expediente 00547-2015-02001-SP-CI-01 del Juzgado Mixto de Catacaos, sobre Ejecución de Garantías. En este caso se había gravado con hipoteca un porcentaje de cuotas ideales de una partida

matriz correspondiente a un predio ubicado en Gambeta, Callao; posteriormente se independizaron diversos lotes a nombre de todos los copropietarios de la matriz; sin embargo, se estaba ejecutando el lote 6 de la manzana A, que correspondía a una cuota gravada. Se solicitó la exclusión del remate, pues se alegó que sólo se era titular de un porcentaje de derechos y acciones en el lote a ejecutar, más no del 100%. La Sala declara

IMPROCEDENTE la solicitud de remate del inmueble lote 06 manzana A, Urbanización Aero Industrial Gambetta, Distrito y Provincia de Callao, esto es, entendido en el 100% de los derechos y acciones de dicho predio, en tanto no guarda concordancia con el título de ejecución de garantía sobre dicho predio, DEJANDO A SALVO SU DERECHO para que lo haga valer en el marco del título de ejecución que motiva la presente.

Como fundamentos se cita el principio de legitimación registral, pues según los asientos se era titular de un porcentaje de acciones y derechos y no del 100% del lote; además del principio de congruencia entre el contenido del título de ejecución de la garantía y lo peticionado.

La misma lógica se aplica para los casos de habilitaciones urbanas en trámite ordinario. Es decir, las que cuentan con licencia de aprobación del proyecto de habilitación urbana y en el que la recepción de obras e independización de los lotes se ha realizado cuando previamente se han inscrito muchas transferencias de cuotas ideales en la partida matriz. Aquí como en el caso anterior los lotes se independizan a nombre de todos los copropietarios. Nótese que el artículo 41 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios establece que el Registrador, al inscribir la recepción de obras, necesariamente debe independizar los lotes que conforman la habilitación urbana, ello en atención al principio de especialidad según el cual por cada bien se debe de abrir una partida registral independiente. Habiéndose reconocido la existencia de los lotes, éstos deben de contar con una partida registral propia. Sin embargo, esta lógica, aplicada a los casos que analizamos, no parece ser la más conveniente, por lo que creemos debería considerarse como una excepción. Nos explicamos: Debe de procederse a la inscripción de la habilitación urbana en la partida matriz, sin independización de los lotes que la conforman. Éstos se independizarían a

solicitud del titular de cada lote, en mérito al mismo archivado o a uno nuevo con las características que se definan en una nueva normativa (pues actualmente no existe norma específica que regule el tratamiento registral de estos casos). Esto evitaría que se publicite la situación no deseada de cotitularidad en cada uno de los lotes, pues no se trata de respetar el principio de especialidad sin más, sino de que sea concurrente con el verdadero derecho de propiedad trasferido a través de un negocio jurídico indirecto, cumplida la condición.

Finalmente, es necesario señalar que los casos de transferencias de cuotas ideales se dan, en la mayoría de los casos, en las habilitaciones urbanas irregulares y en una menor proporción en las habilitaciones que sí siguen el trámite ordinario.

2.1.2.8. El reglamento de formalización de la propiedad informal de las urbanizaciones populares

Mediante Decreto Supremo N° 031-99-MTC se ha regulado, a cargo de COFOPRI, la formalización de las denominadas urbanizaciones informales, que son aquellas desarrolladas sobre predios con títulos de propiedad otorgados a favor de Asociaciones Pro-Vivienda, Cooperativas de Vivienda, Asociaciones de Vivienda, Juntas de Propietarios, Juntas de Compradores o cualquier otra forma asociativa con fines de vivienda. El procedimiento comprende las etapas de Promoción y Difusión, Formalización Integral y la Formalización Individual. Previamente COFOPRI puede realizar diagnósticos de informalidad, desarrollando investigaciones, estudios, recopilación de información y organización de acervo documentario necesario para identificar el número y la ubicación de Urbanizaciones Populares de un área geográfica determinada y para definir los derechos y limitaciones que pudieran existir sobre ellas (Artículo 5).

El procedimiento está pensado para sanear o regularizar la urbanización, a través de la aprobación de un Plano de Trazado y Lotización PTL (Formalización Integral) hasta la titulación individual del lote y su inscripción registral. Se titula individualmente como consecuencia del reconocimiento de la existencia de una urbe de hecho, esto es, se requiere de un acto previo de reconocimiento de la nueva composición urbana antes de proceder al saneamiento individual de los lotes. La titulación individual de los lotes no solamente otorga seguridad jurídica a sus

propietarios, sino que constituye un importante activo que ingresa al mercado formal y genera riqueza.

Aquí se plantea una primera discusión. COFOPRI reconoce situaciones de hecho. En el caso de los procesos de urbanización, se aprueba lo que se denomina el Plano de Trazado y Lotización PTL, en el que se describe la traza urbana, esto es el fraccionamiento del predio matriz, la delimitación de los lotes individuales, de las calles, así como de los lotes que constituyan equipamientos urbanos. Sin embargo, no se requiere que, necesariamente, se cuenten con servicios públicos domiciliarios. Una habilitación urbana “formal” requiere no sólo de la lotización o manzaneo, sino que se haya cumplido con toda la infraestructura urbana, esto es que se cuente con servicios públicos domiciliarios como agua potable y alcantarillado, energía eléctrica, teléfono, gas. De ahí que se diga que la aprobación de un PTL no constituye el reconocimiento de la existencia de una habilitación urbana (al menos en los términos de la Ley 29090). Sin embargo, habría que precisar que, si bien formalmente no constituye una habilitación urbana, COFOPRI no reconoce (actualmente) urbanizaciones que no se encuentren dentro de algún plan de ordenamiento territorial. Esto es, que dentro de los análisis de factibilidad del saneamiento, se hayan respetado la zonificación asignada por la autoridad administrativa, por lo tanto, podríamos decir que la aprobación e inscripción registral de un PTL constituye el reconocimiento legal del tránsito de los estatutos de propiedad de un predio rústico hacia uno urbano, en el que se encuentra consolidado el fraccionamiento en lotes privados individuales, lotes de uso público como los parques, así como el equipamiento urbano (puestos policiales, postas de salud, etc.), pudiendo o no encontrarse pendiente la instalación de los servicios domiciliarios.

Existe toda una normativa para sanear una urbanización de hecho hasta la titulación individual de los lotes, no sólo en los casos en los que se trata de invasiones a propiedad ajena, privada o pública, sino también, un régimen de formalización de la propiedad informal en el caso de predios matrices con titularidad debidamente saneada a favor de asociaciones o cooperativas con fines de vivienda (urbanizaciones populares). Sin embargo, no existen normas de regularización para urbanizaciones de hecho que cuentan con titularidad inscrita en la partida matriz del Registro de Predios y en el que además se han realizado múltiples transferencias de cuotas ideales,

generando un sistema de copropiedad extenso y complejo, a través de lo que venimos denominando negocio jurídico indirecto. Esta es otra paradoja, pues existen más incentivos para quienes no ostentan ningún título formal, que para aquellos que sí los tienen. Indicamos antes que en Europa no se dan estos casos, pues de inicio, existe un cierre registral para este tipo de actos (lo cual no quiere decir que no exista informalidad en el ámbito del ordenamiento territorial). Citamos como ejemplo el caso de España, en el que la legislación los trata como un caso de fraude inmobiliario, pues se entiende que la finalidad al solicitar la inscripción de las transferencias de cuotas ideales, en realidad es una forma de burlar la normatividad urbanística.

En estos casos COFOPRI podría llegar tan solo a la primera etapa, pues el instrumento legal que le sirve de base para el saneamiento no prevé el supuesto en que la asociación o cooperativa de vivienda haya transferido los lotes bajo las figuras de la transferencia de cuotas ideales. En estos casos se sigue la misma lógica de los operadores registrales, esto es, la aplicación del principio de legitimación y la exigencia de un nuevo instrumento público otorgado por todos los copropietarios y los eventuales acreedores.

Por ello, una de las alternativas a considerar como posible solución, pasa por modificar el Decreto Supremo N° 031-99-MTC para incorporar la figura del negocio jurídico indirecto y proceder a la titulación individual conforme a los términos previstos en los contratos originales de adquisición de las cuotas ideales con indicación de su correspondencia a lote y manzana, más aún cuando en estos procedimientos de saneamiento cobra especial relevancia la constatación de situaciones de hecho como la posesión; esto es, que se permita la prescripción adquisitiva administrativa de los lotes, en estos casos, a través de un procedimiento con garantías que debería implementarse a cargo de COFOPRI, en el que se reconocería administrativamente el derecho individual sobre el lote con base a la adquisición de una cuota a través de un negocio jurídico indirecto.

2.1.3. Análisis de las instituciones vinculadas al derecho registral

2.1.3.1. El registro y su finalidad

Para la realización de sus actividades económicas, los particulares requieren de un grado de certeza respecto de los derechos que son objeto del negocio. Esta certeza se

consigue obteniendo información a través de diversos mecanismos. Pau (2003) afirma: “los particulares pueden emprender averiguaciones -que en algunos casos serán largas, trabajosas y costosas- por sí mismos, o encomendarlas a una empresa o a un profesional especializado” (p. 14). Pese a ello, como señala Álvarez (2006) nunca se tendrá la certeza absoluta del origen justo del derecho del transferente, así como de que éste no haya sido trasferido anteriormente.

En sociedades extensas, donde las relaciones son impersonales y la información asimétrica e incompleta, la contratación deja de ser personalizada, simple y de bajo costo. No se tiene un conocimiento completo de los *iura in rem* inmobiliarios; surgen asimetrías informativas e información dispersa que genera incertidumbre. Arruñada (2004) anota al respecto lo siguiente:

“Generalmente, los transmitentes sabrán más que los adquirentes sobre la existencia de posibles derechos contradictorios. Esta desigualdad informativa se manifiesta en defectos de carácter subjetivo y objetivo. Por un lado, los defectos subjetivos guardan relación con las facultades del vendedor, bien porque éste no es propietario o bien porque, aun siendo propietario, carece de capacidad necesaria para vender. Por otro lado, las asimetrías objetivas provienen de la preexistencia de cargas ocultas, como son por ejemplo las hipotecas, los usufructos y las servidumbres, sobre las cuales el vendedor también suele tener mejor información que el adquirente” (p.56).

El Registro surge entonces como un mecanismo que trata de corregir esta asimetría o posición de desventaja para evitar la conducta “oportunista” de una de las partes, y así permitir la transferencia fácil y segura de los derechos de propiedad. Es un medio institucional que reduce los costos de información y de transacción en la contratación, fomentando la circulación de la riqueza con seguridad jurídica. A través de la inscripción “...el adquirente puede quedar protegido frente a las reclamaciones que puedan derivar de las vicisitudes causales de actos y negocios jurídicos precedentes referentes al mismo bien, así como frente a los actos dispositivos de su *tradens*...” (Méndez, 2011, p. 161).

El registro se expresa a través de un complejo mecanismo de publicidad de titularidades y de cargas y gravámenes, organizados bajo principios como los de legalidad, prioridad, legitimación, tracto sucesivo, oponibilidad, cognoscibilidad, entre otros. Declaran que lo publicitado constituye una “verdad oficial”. En términos de Pau (2003) se trata de una “proclamación oficial de situaciones jurídicas” dotada de presunción de exactitud. Con la inscripción se alcanza un nivel de seguridad que hace inatacable el derecho adquirido.

Álvarez (2006) afirma: “La inscripción en sentido estricto pretende ser el reflejo registral de la propiedad y de los derechos reales sobre inmuebles” (p. 135). Añade Cano Tello (1992) que es una aspiración de todos los sistemas registrales que las inscripciones sean una fiel reproducción de los derechos inmobiliarios existentes en la realidad. Algunos sistemas son más exitosos que otros. Dependerá no sólo de la forma de organización de los registros en cada país, sino de sus distintas tradiciones y realidades socioeconómicas. Por ejemplo, el problema de la informalidad es uno especialmente fuerte en Latinoamérica, no así en los países europeos. Este aspecto de la realidad también ha afectado al Registro.

El paradigma de los derechos inscribibles son la propiedad y los demás derechos reales. La doctrina es unánime al considerar que no son inscribibles los derechos obligacionales o personales, pues éstos carecen de los rasgos de inherencia y estabilidad típicos de los primeros. Sin embargo, excepcionalmente, en determinados casos en los que se reúnen las características señaladas, se permite el acceso y publicidad de estas situaciones jurídicas. Ejemplo de ello es la inscripción de los contratos de arrendamiento, de opción, reservas de propiedad, embargos, entre otros. Esta es la línea que sigue nuestra legislación. Textualmente, el artículo 2019 de nuestro Código Civil señala:

Artículo 2019°.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

- 1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
- 2.- Los contratos de opción.
- 3.- Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.

- 4.- El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.
- 5.- Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
- 6.- Los contratos de arrendamiento.
- 7.- Los embargos y demandas verosíblemente acreditados.
- 8.- Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.
- 9.- Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles

Como puede apreciarse, el principio es la inscripción de derechos reales y sólo excepcionalmente algunos de naturaleza personal. Ahora bien, como hace notar Pau (2003) existen una serie de situaciones jurídicas complejas en los que engloban aspectos reales y obligacionales, tal es el caso de los contratos de hipoteca, los estatutos en un régimen de propiedad horizontal, los aprovechamientos por turnos o las situaciones de incapacidad. En estos casos se publicita situaciones jurídicas que no son reales, pero que se vinculan a uno o más derechos reales, como el dominio, uso, usufructo, etc. La misma lógica rige en nuestro ordenamiento jurídico como se observa en el artículo 2019 citado, en el que se permite la inscripción de una serie de derechos personales u obligacionales.

Nuestro ordenamiento, a diferencia del español, no permite la creación de nuevos negocios o derechos reales. En este se adopta un sistema *numerus apertus*, según el cual se permite con base al principio de autonomía de voluntad, la configuración por las partes de nuevos negocios o derechos reales inscribibles. Para ello se requiere “que no se encuentre prohibido legalmente, así como la confluencia de requisitos como: a) la determinación de todos los elementos conformadores del derecho real que se crea, b) que exista una razón o causa justificativa de la especialidad, y c) que se respete el principio de libertad de tráfico” (Valero, 2018, p.33).

Sin embargo, con base a lo dispuesto en el citado artículo 2019.4, referido a la inscripción de las “condiciones” vinculadas a los efectos de los actos o contratos registrados, se tiene, por vía indirecta, el acceso *numerus apertus* de este tipo de situaciones jurídicas; pues ni la ley, la jurisprudencia o la doctrina nacional, han

establecido cuál es la naturaleza, las características o los límites de las citadas condiciones. Como señalamos antes, en el LXXII pleno del Tribunal Registral, sesión extraordinaria modalidad presencial realizada los días 22 y 23 de marzo de 2011, se aprobó un acuerdo plenario que establece que “Es inscribible el acto modal sujeto a condición, siempre que el cumplimiento de ésta implique una modificación en la situación jurídico real del inmueble”. Lo que en verdad es una reiteración de lo establecido en el tantas veces citado artículo 2019.4 del Código Civil, pues los actos registrados, en principio, siempre se encuentran referidos a una situación jurídico real del inmueble. Lo que nos llama la atención es que el acuerdo se apruebe con una sumilla referida a la condición suspensiva, de lo que interpretamos que se está precisando que cuando la norma hace referencia a la “condición” no sólo se refiere a las resolutorias.

Resumiendo, vemos que en el Registro de Predios se inscriben, en principio, las situaciones jurídico reales y por excepción las jurídico personales u obligacionales previstas en el Código Civil o en otra Ley que lo autorice. No obstante, se inscriben las condiciones, es decir, los eventos o acontecimiento futuros e inciertos de los que dependen la eficacia o ineficacia de un negocio jurídico inscrito, los cuales pueden ser de diverso tipo, pero siempre vinculados al derecho inscrito de tal manera que produzca, lo que el Tribunal Registral denomina “modificación en la situación jurídico real del inmueble”.

Ahora bien, la función del Registro, no se limita únicamente a la publicidad de situaciones jurídico-reales de inmuebles. Si bien, puede decirse que esta es la esencia del Registro desde sus orígenes, modernamente el Registro también cumple otras funciones valiosas.

“El registro permite cumplir otros fines de derecho público: la reforma tributaria...el planeamiento rústico o urbano, la concentración parcelaria, la expropiación forzosa y la reparcelación urbanística...” (Álvarez, 2006, p. 4). Hoy, el Registro cumple, aunque de manera indirecta, un importante rol en materia de control de cumplimiento de obligaciones tributarias y de lucha contra el lavado de activos. Por ejemplo, en el ámbito de la comunidad europea, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,

prevé una acción de control directa de los registradores públicos respecto de la abusividad de las cláusulas en los contratos de hipoteca. Se ha incorporado el examen de aspectos que tradicionalmente no formaban parte de la calificación registral, como respuesta a nuevos problemas en la contratación, y en concreto, frente a la crisis de los mercados hipotecarios de vivienda, sobre todo en España. Constatamos que la función de las instituciones jurídicas varía en el tiempo, conforme varían los significados y las circunstancias que rodean a los actos que son objeto de protección o regulación. El avance del conocimiento científico y práctico, la tecnología, los cambios en la cultura, las costumbres, influyen en las instituciones y principios jurídicos, y las instituciones garantes de la seguridad jurídica y sus principios no son la excepción.

En esta línea, venimos sosteniendo que la separación fuerte entre el contenido real y obligacional de los contratos que constituyen los títulos inscribibles materia de análisis, no solo no ayudan a comprender cabalmente el fenómeno económico social que está detrás de los documentos, sino que, peor aún, crea una un sistema artificial de derechos que resta liquidez a los *iura in rem* y eleva los costos de transacción en la contratación inmobiliaria.

Esta manera de interpretar los títulos y publicitarlos, desnaturaliza la verdadera función del registro, pues se publicita “oficialmente” como definitivas, situaciones jurídicas que las partes han considerado como instrumental y transitoria o eventual. Podemos decir que, la verdad que publicita el registro en los casos que analizamos es, por decir lo menos, incompleta.

Si uno de los fundamentos de la institución registral es considerar lo publicitado como verdad oficial, prevalente sobre cualquier otra ¿qué sucede cuando lo publicitado en los asientos registrales refleja una situación jurídica distinta o incompleta respecto del contenido del título que le da fundamento? En nuestro registro, pensado como uno “de derechos”, a diferencia de los llamados registros “de documentos”, no debería presentarse este conflicto, sin embargo, como analizamos seguidamente, esto no es así.

2.1.3.2. Asiento registral versus título archivado

El principio es que el asiento debe reflejar el contenido “real” del negocio o contrato que consta en los títulos archivados, es decir aquella situación jurídica que debe ser respetada por todos (oponible *erga omnes*). No hay pues oposición o dicotomía entre lo que refleja el asiento respecto del título.

En los sistemas registrales de España, Alemania, Chile, Nicaragua, Costa Rica, entre otros; los títulos no se conservan en el Registro, no existe el “título archivado” como respaldo de la inscripción, pues una vez realizada ésta, es devuelto al interesado. En estos sistemas es coherente afirmar que el asiento goza de una autonomía y función propia. Lo registrado se expresa en el asiento, por lo que no tiene sentido hablar de su prevalencia sobre el título o viceversa. El asiento es el registro mismo y sobre el que se aplican los principios registrales. Cuando se dice que los terceros contratan con fe en lo que publica el Registro, se entiende claramente que se refiere a los asientos registrales, los que han sido producto de una calificación rigurosa en cuanto a la validez y legalidad del negocio o contrato.

El Perú no sigue este modelo, se ha optado por uno “mixto” en el que, luego de la calificación registral y de la generación de los asientos de inscripción, se conservan los títulos en archivos y son puestos a disposición del público a través de los mecanismos de la publicidad formal. Es en este escenario, en el que el Registro publicita tanto el asiento como los títulos archivados, que cabe preguntarse qué sucede en caso de hallarse discrepancias en el contenido de ambos documentos.

Con la dación en 2015 de la Ley 30313, Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación se modificó el artículo 2014 del código civil. Su redacción actual es como sigue:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en **los asientos registrales y los títulos archivados** que lo sustentan. La buena fe

del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. (Negrita agregada)

Con esta modificación se exige, para calificar a un tercero como de buena fe, que las causas que motiven la nulidad, rescisión, resolución o cancelación del derecho del otorgante, no consten ni en los asientos registrales ni en los títulos archivados. Esto ha llevado a concluir a autores nacionales como García y Silva (2014) que: “han perdido sentido diversos principios rectores del sistema registral, como los de Legitimación y de Publicidad” En el mismo sentido, los profesores Mejorada, Ninamanco y Pozo (2014) quienes concuerdan en señalar que, es evidente que se han “aumentado los requisitos para poder beneficiarse de la fe pública registral”

La doctrina mayoritaria española, cuando comenta el análogo artículo 34 de su Ley Hipotecaria, al igual que la nacional, señalan que el supuesto del artículo 2014 del Código Civil regula una patología o supuesto excepcional. Lo normal será que quien aparece en el registro sea también el titular extra registral del inmueble que transfiere; sin embargo, como afirma Méndez (2017) habrá casos en los que el registro sirve como “instrumento legitimador de adquisiciones a non domino en aras de la seguridad de tráfico jurídico (p. 17). Valero (2019, p. 39) menciona que:

A través de la fe pública registral el adquirente que cumple con determinados requisitos se encuentra protegido por una regla de propiedad, en el sentido que mantendrá su adquisición aún contra el *verus dominus* a quien el sistema asigna una regla de responsabilidad, que se traduce en la posibilidad de exigir una indemnización. Es en el caso de la aplicación de la fe pública registral, en el que se evidencia la fuerza de un sistema registral “de derechos”, pues éste crea titularidades jurídicas inatacables, como sucede en España, Alemania, Suiza o Austria, a diferencia de los denominados registros “de títulos” o también llamado “de documentos” en el que los contratos sólo se depositan o se transcriben como en la mayoría de los Estados de los EE. UU., Francia e Italia.

El Registro en el Perú está configurado como uno de derechos, pues confluyen los típicos principios de este sistema, como el de titulación auténtica, prioridad,

legitimación, publicidad, oponibilidad y fe pública registral, además de una exigencia rigurosa en la calificación de los títulos. Sin embargo, como ya señalamos, en este sistema el asiento tiene una autonomía y cumple una función propia, distinta de la del título del cual deriva.

Se dice que la contratación exige un sistema ágil que reduzca los costos de información, que brinde seguridad a los adquirentes y que los libre de la exigencia de la *probatio diabólica*. Es así como debe entenderse nuestro sistema registral, pese a la existencia de algunos rasgos que no le son propios, como la conservación y publicidad de los títulos archivados, así como la redacción actual del citado artículo 2014.

Siguiendo con el análisis, el artículo 2012 del Código Civil que recoge el principio de publicidad, hace referencia a las inscripciones: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

Se utiliza el término “inscripciones” en general, y no asientos o títulos; esto ha llevado a que los autores nacionales se encuentren divididos en sus apreciaciones, al igual que las sentencias de la Corte Suprema de la República, que en algunos casos ha privilegiado el asiento, y en otros los títulos archivados. Pero esta duda puede resolverse, no sólo reconociendo la naturaleza de nuestro registro como uno “de derechos”, sino con la lectura atenta y sistemática del actual artículo 2013 del Código Civil, referido al principio de legitimación, el cual señala:

El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.
(Negrita agregada)

El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.

La inscripción no convalida actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.

Lo que no deja dudas de que es el asiento el que se encuentra legitimado y no los títulos archivados que le dieron mérito. Hoy, no cabe entonces hablar de prevalencia entre el asiento y el archivo. Esa discusión la reserva el código civil únicamente para los efectos del artículo 2014 que, como la doctrina predominante en España y Perú, se considera como una situación patológica (hay autores que manifiestan lo contrario).

Roca Sastre al analizar la prescripción contraria al Registro o “contra tabulas” señala que se está ante un caso de “buena fe especial”. Cuando comenta el artículo 36 de la Ley hipotecaria española dice:

“Al artículo 36 no le basta para proteger al tercer adquirente contra el efecto perjudicial de la usucapión, que éste desconozca que ella se ha producido, sino que además exige otro estado psicológico en dicho tercer adquirente: que desconozca que la cosa adquirida estaba poseída de hecho y en concepto de dueño por persona distinta al transferente”. (Roca Sastre (1979 p.34)

Lo que intentamos hacer notar es que, el hecho de que para el caso del artículo 2014 de nuestro código civil, se haya extendido el conocimiento de la información que publica el registro a los títulos archivados, no le cambia la naturaleza a nuestro sistema, constituido como uno de derechos y en donde lo que se encuentra legitimado son los asientos. Bien entendida la jurisprudencia de la Corte Suprema, y sin fanatismos, habrá casos puntuales en los que habrá de tener especial cuidado, como por ejemplo, el caso citado por Roca Sastre, que denomina de “buena fe especial”.

Si bien la redacción de ambos artículos revela una incoherencia, pues sólo se puede hablar de prevalencia en el caso de publicidad contradictoria e incompleta, la clara intención del legislador es agravar o incrementar los requisitos para considerar como de buena fe al tercero, y ello se debe a razones históricas, nos explicamos:

La dación de la Ley 30313, dada el 25 de marzo de 2015, denominada Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4° y 55° y la quinta y sexta disposiciones complementarias

transitorias y finales del Decreto Legislativo 1049, se realiza en el momento cúspide de los denominados “fraudes inmobiliarios”, en el que diversas organizaciones criminales habían consolidado un *modus operandi* que les permitía incorporar al Registro títulos falsificados. Las modalidades de falsificación eran de las más diversas, desde la suplantación de contratantes hasta la falsificación de los documentos. Era un clamor ciudadano que las instituciones vinculadas a la seguridad jurídica de la propiedad y la contratación tomen acciones en respuesta a este flagelo.

Los fraudes se dan en un contexto en el que, por un lado, las presiones de Lobbies y grupos de interés exigían la relajación de los controles para el acceso de los documentos al registro, y de otro lado, la burocratización del servicio registral y el excesivo formalismo en la calificación hacían que la ciudadanía exija “facilidades” para poder inscribir sus títulos. Una distorsión del sistema que hasta hoy padecemos.

La calificación registral, que se supone un examen riguroso de la legalidad de los documentos (en sentido amplio), se circunscribía, en no pocos casos, a la revisión de aspectos puramente formales de la documentación. Un ejemplo, bastante ilustrativo, es lo que pasaba con los arbitrajes. Tanto las normas reglamentarias como las decisiones de la segunda instancia registral, en precedentes de observancia obligatoria, impedían que el Registrador calificara el contenido o el fondo de la decisión de los árbitros, aun cuando claramente se vulneraban principios registrales, civiles, procesales e incluso constitucionales. Ni siquiera podía exigirse el convenio para verificar el sometimiento de las partes al fuero arbitral. Así las cosas, en no pocos casos, se afectaron los derechos de propiedad de personas que nunca suscribieron un convenio. La fórmula era la siguiente, según el artículo 9 del entonces vigente Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por resolución N° 248-2008-SUNARP-SN:

“El Registrador no podrá evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del acuerdo arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo”.

En esta línea, el Tercer Precedente de Observancia Obligatoria del Tribunal Registral, aprobado en el XCIX PLENO decía:

CALIFICACIÓN DE ACTOS PROCEDIMENTALES EN ARBITRAJE

Las instancias registrales no pueden calificar la validez ni la eficacia objetiva o subjetiva del laudo o de los actos procedimentales realizados por los árbitros. En ese sentido, el Registro no puede cuestionar las decisiones motivadas del árbitro o tribunal arbitral de incorporar a un tercero al procedimiento arbitral, o de extender los efectos del laudo a dicho tercero. El árbitro o tribunal arbitral asume exclusiva y excluyente responsabilidad por dichas decisiones.

Los casos de fraudes hechos público por la prensa fueron de tal recurrencia y magnitud que el referido artículo del Reglamento fue modificado y el precedente de observancia obligatoria dejado sin efecto. En este contexto se expide la Ley 30313, que permite además la cancelación administrativa de los asientos registrales generados con suplantación o falsificación de documentos.

Si bien, esta norma constituye un importante remedio procesal administrativo para la lucha contra el fraude inmobiliario, probablemente no sea suficiente para desterrarlo. Y es que esta lucha no es sólo una cuestión registral. En sede judicial, la calificación de tercero de buena fe muchas veces se consideraba “automática”, esto es, a pesar de que el verdadero propietario se apersonaba a los procesos judiciales reclamando intervenir por ser parte de la relación sustancial y señalando que el tercero adquirente no había tenido buena fe, su intervención era rechazada liminarmente, con el argumento que la inscripción convertía -automáticamente- al adquirente en uno de buena fe. Como sabemos, la presunción del artículo 2014 del Código Civil es una *iuris tantum*, puesto que puede desestimarse en un proceso con garantías. Lo inatacable del derecho inscrito proviene no sólo de la diligencia en inscribir, sino -en un sistema coherente- de su buena fe contractual. Así, era la sede judicial, la que debió corregir estas distorsiones, amparados en una correcta interpretación de las normas civiles, registrales y constitucionales. Lamentablemente, ello no ocurrió. Ahora sabemos, por los llamados casos emblemáticos, hasta qué punto las organizaciones criminales penetraron en el Poder Judicial.

El registro es un receptor de documentos de diversa fuente: privada, notarial, administrativa, judicial. En el caso de los documentos administrativos, una partida de matrimonio puede cambiar la situación jurídico real del bien; una resolución municipal puede cambiar el estatuto de propiedad de un inmueble, lo mismo una resolución regional o ministerial. La autenticidad es el presupuesto o la base para poder realizar la calificación (pues no puede haber calificación de la legalidad, formalidad, capacidad de las partes o verificación de obstáculos de la partida, en base a un documento falso).

Actualmente hay interconexión y presentación “cautiva” de los documentos notariales, y en este sentido garantías para, poder verificar la autenticidad de los documentos; sin embargo, en el caso de los documentos administrativos y judiciales, lamentablemente, más allá de la verificación de los aspectos formales del documento, aún no es posible verificar su autenticidad en todos los casos, más cuando éstos vienen de sedes que se encuentran en lugares alejados a la capital, en los que no existe conexión a través de medios electrónicos. Como vemos aún se tiene un largo camino por recorrer.

2.1.3.3. Seguridad jurídica-propiedad-libertad

El Registro es una institución que provee seguridad jurídica, pero ¿a qué nos referimos exactamente? La seguridad jurídica es un concepto indeterminado pues tiene una pluralidad de significados. Arcos (2000) ha elaborado toda una teoría formal acerca del concepto; así,

Puede hablarse de seguridad a través del derecho, seguridad del derecho, de certeza, previsibilidad, estabilidad, interdicción de la arbitrariedad, respeto a los derechos adquiridos, etc. Puede incluso construirse toda una teoría del derecho con base al principio de seguridad jurídica.

Eherenberg (2003) señala: “Al hablar de seguridad jurídica cabe referirse tanto al ordenamiento jurídico (Derecho en sentido objetivo) como a las facultades jurídicas (derecho en sentido subjetivo) (p. 23). La seguridad jurídica a la que se hace referencia como función del Registro es en este último sentido, certeza de la situación jurídica que publicita el registro. En términos del profesor alemán: “La primera

exigencia de seguridad jurídica consiste en que la existencia y el contenido del derecho no pueden ser cuestionados”, más adelante:

La seguridad jurídica supone, ante todo, que el titular tiene una situación jurídica garantizada, lo que significa que la pérdida o el menoscabo de su derecho no puedan producirse sin su voluntad: ese es el sentido estricto y propio de la seguridad jurídica” (p. 32).

En doctrina se discute lo que se denomina conflicto entre la seguridad jurídica propiamente dicha (seguridad jurídica estática) y la seguridad de tráfico (seguridad jurídica dinámica). La mayor parte de los derechos subjetivos dice Ehremberg, pueden ser contemplados en una doble situación: en reposo o en movimiento. La seguridad jurídica se refiere a que el titular de un derecho inscrito no puede verse afectado sin su consentimiento; mientras que la seguridad de tráfico se refiere a que, quien adquiere un derecho con base en el registro, no puede verse perjudicado por circunstancias que le eran desconocidas (Principio de inoponibilidad). El mismo dilema es planteado por Méndez en términos de tensión o *-trade off-* entre seguridad y liquidez del derecho²² y Álvarez como dilema entre justicia y seguridad jurídica. No vamos a introducirnos en esta interesante discusión, sólo diremos que esta tensión, debe de entenderse como excepcional²³ y se dará cuando el Registro publicita una situación jurídica que no es acorde con la realidad, en cuyo caso, nuestro ordenamiento prevé la prevalencia del derecho del adquirente a título oneroso y de buena fe, conforme al artículo 2014 del Código Civil.

Este debate evidencia la confluencia de diversos derechos y principios en el quehacer registral, y ello es así, por cuanto la seguridad jurídica que ofrece el Registro no constituye un dogma, un mandato de rigidez e inmutabilidad, sino que es meramente instrumental, se trata de una seguridad respecto de los derechos de propiedad inscritos, para el ejercicio de las diversas facultades que el derecho reconoce como legítimas; se trata de garantizar la propiedad y la libertad de las personas.

²² En términos del profesor Méndez, el derecho no sólo debe ser seguro, sino fácilmente transferible, de lo contrario “*son derechos que no tienen liquidez, inseguros o con un costo de protección muy alto y con graves dificultades para el intercambio*”

²³ Así lo expuso reiteradamente Ehremberg en el clásico texto antes citado.

El Registro, como institución, legitima los derechos de propiedad, brinda confianza y permite el ejercicio de la libre contratación con seguridad. Hay, entonces, que despercudirse de la idea de seguridad jurídica como “fetiche”; de creer que el Derecho Registral gira únicamente en torno a ella, sin tomar en cuenta otros principios y derechos fundamentales como la propiedad, la libertad, e incluso la justicia (el Registro es también una institución de justicia preventiva). Lo mismo sucede con los principios registrales, de los cuales se suele creer que ya se ha dicho todo; que hay que aprenderlos de memoria y aplicarlos al procedimiento registral. Los principios se convierten en dogmas incuestionables; se aplican irreflexivamente so pretexto de mantener un sistema cuyo máximo objetivo es la seguridad jurídica. Esta creencia desde nuestro punto de vista es incorrecta, pues no contribuye a conseguir los propios fines de seguridad y peor aún, puede afectar el derecho de propiedad, a veces, irreparablemente. La seguridad jurídica a la que aspira el Registro es una que no sólo protege la propiedad, sino que la promueve a través de mecanismos de publicidad que favorecen su intercambio; por ello, las trabas y limitaciones para el primer acceso y actos posteriores, no sólo limitan la libertad de las personas, sino que promueven, indirectamente, la proliferación de mecanismos extra y contra legales, algunos muy elaborados, utilizados por organizaciones criminales.

Esta consideración de la seguridad como dogma es algo que ha sido evidenciado por autores como Merryman y Leoni (1989) y antes en el ámbito económico por Hayek (2008). Sobre la seguridad jurídica, Merryman (2009) ha señalado: “...en la tradición del derecho civil ha llegado a ser una especie de valor supremo, un dogma indiscutible, una meta fundamental” (p. 96.), perdiéndose de vista que existen otros valores, muchas veces contradictorios que a veces le exigen un sacrificio, pues la seguridad jurídica no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de otros fines valiosos. A nadie le interesa sino es en la medida que permite desarrollar otros valores como la libertad, ya sea para la explotación de sus bienes, para el intercambio o simplemente para vivir en paz. Se suele repetir con ligereza: “la finalidad del Registro es la seguridad jurídica”, que se “han implementado medidas para la realización de la seguridad jurídica”, y se pierde de vista su carácter meramente instrumental.

El Registro nace en un contexto de contratación y por lo tanto es su instrumento. La seguridad jurídica que provee debe de constituir un *imput* y no una camisa de fuerza que paralice el intercambio. Lamentablemente, en el caso que venimos analizando, existe una visión distorsionada del Registro que sólo mira las situaciones jurídicas “en reposo”. Sumado a ello, una errónea comprensión del principio de legalidad que anula cualquier margen de discrecionalidad del servidor público, quien ha perdido de vista que este principio nace como un freno contra la arbitrariedad.

El registro publicita una situación como definitiva: copropiedad. Sólo se inscriben las situaciones jurídico-reales: transferencia de cuotas ideales. Cuando de los términos contractuales se desprende con claridad que ésta se constituye como una situación meramente instrumental y transitoria. Se cree que la seguridad que proporciona el registro es la referida únicamente a situaciones jurídico-reales puras y simples y esta verdad no se cuestiona. Paradójicamente, la inseguridad y el miedo se apoderan de la burocracia cuando hay un giro, un cambio o variante en los términos contractuales; así, es mejor negar la trascendencia real de algunos términos contractuales, su vocación registral, en términos simples “es preferible hacerse de la vista gorda”. El registro publicita entonces una “verdad a medias” y la convierte en “verdad oficial”, no refleja la realidad, por el contrario, crea una nueva. Cabe preguntarse entonces, si con esta manera de interpretar y actuar el Registro cumple con su función de proveer certeza, previsibilidad y confianza.

2.1.3.4. La publicidad del negocio jurídico indirecto

La conclusión que venimos adelantando es dramática, pues sostenemos que el registro viene creando un sistema artificial de derechos de propiedad que no se corresponden con la realidad. La división radical del negocio jurídico no ayuda a entender cabalmente el fenómeno ni a encontrar una solución eficiente a los problemas que este planteamiento contractual propone.

Nos encontramos ante una estructura negocial compleja, un negocio jurídico indirecto en el que existen dos relaciones jurídicas, dos objetos, incluso dos causas, íntimamente vinculadas e interdependientes, ya sea que lo veamos desde un punto de vista objetivo o subjetivo. La voluntad de las partes claramente vincula los dos negocios y es por lo menos dudoso creer que la función económico social del negocio

jurídico sea únicamente la de constituir un sistema de copropiedad *proindiviso* como lo publicita el registro. Desde el punto de vista del contrato no cabe entonces separar los negocios de manera radical y publicitar sólo uno de ellos.

Ahora bien, si asumimos que nos encontramos ante actos separables, tenemos que la doctrina, jurisprudencia y legislación en materia registral establecen que las condiciones son inscribibles. Ya se analizó este tema con motivo del estudio del artículo 2019.4 del Código Civil. Reiteramos que, para inscribir el cumplimiento total o parcial de la condición, ésta debe estar previamente inscrita, pues se trata de actos complementarios. No dudamos de que el cumplimiento de la condición es la aprobación e inscripción de la habilitación urbana que reconoce formalmente al lote, y que ello implicará necesariamente la modificación en la situación jurídico real del titular de la cuota ideal. O, dicho de otro modo, producirá la mutación jurídica de la titularidad de la cuota por la titularidad del lote.

En la resolución 419-2019-SUNARP-TR-L del 14/02/2019, el Tribunal Registral señaló en el noveno considerando:

Así, el acto sujeto a condición suspensiva cuyo cumplimiento implique modificación en la situación jurídico real del inmueble se inscribe en el rubro de cargas y gravámenes - pues estando pendiente la condición suspensiva, aun no surte efectos, pero una vez que se acredita el cumplimiento de la condición, dicha situación pendiente deja de estarlo, surtiendo plenos efectos la modificación de la situación jurídico real del inmueble.

Añade en el décimo considerando:

En este orden de ideas, podemos concluir que sí resulta inscribible el contrato de restitución de dominio materia de la rogatoria, pero sujeto a condición suspensiva, en virtud de que el Registro tiene como finalidad brindar seguridad jurídica y económica a los contratantes, siendo oponible su inscripción frente a terceros: es así que estos no podrán alegar que el cumplimiento de la condición suspensiva no le afecta pues al estar inscrito en el Registro enerva los efectos

de la fe pública registral. Cabe indicar que la extensión del asiento de inscripción se deberá realizar en el rubro “cargas y gravámenes” de las partidas de las unidades inmobiliarias a que está referida la rogatoria.

Lo sorprendente es que el tribunal no aplica el mismo razonamiento al caso de transferencia de cuotas con indicación de correspondencia en una parte material del terreno.

Desde el punto de vista de los derechos reales tampoco cabe separar los negocios y publicitar solo la transferencia de la cuota. Una de las características del derecho real es ser oponible *erga omnes* es decir oponible a todos, y no, como en los derechos personales u obligacionales, únicamente exigible a la contraparte de la relación. Resulta cuestionable interpretar el contrato, en el sentido que se quiera oponer, *erga omnes*, únicamente la adquisición de la cuota y no la correspondencia con el lote. Como lo hace notar Mejorada, la indicación a detalle del lote hace surgir el interés de buscar, casi intuitivamente, mecanismos de exclusión y persecución respecto del negocio que celebra (en general). Puede decirse que la inscripción de la condición al estar íntimamente ligada a la transferencia de cuota también tiene una “vocación” de oponibilidad.

De otro lado, no todas las inscripciones tienen primariamente esta finalidad, véase los casos de las anotaciones preventivas o los contratos de opción, sólo por referirse al Registro de Propiedad Inmueble. La publicidad de la condición o de la relación “obligacional” en estos casos, cumplen una doble función de reserva de prioridad y de ulterior oponibilidad.

Otro aspecto para tomar en cuenta, que nos permite concluir en la necesidad de publicitar la condición y otorgarle efectos retroprioritarios ²⁴, es el hecho de que las cláusulas obligacionales son también denominadas como de “partición futura”. El tribunal registral ha señalado en algunos pronunciamientos que, efectivamente, para adjudicar los lotes a cada uno de los titulares de las cuotas ideales se requiere de un posterior título de división y partición.

²⁴ Aplicación de la retroprioridad prevista para las anotaciones preventivas conforme el artículo 68 del Texto Único del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

Al respecto, la división y partición es la forma típica de extinguir la copropiedad. Se dice que es “el acto jurídico por el que a petición de cualquier comunero el derecho de cuota se concreta en el dominio sobre una porción material del bien común o, subsidiariamente en dinero” (Arata, 2009 p. 206). Según el artículo 984 del código civil, puede ser instada en cualquier momento por cualquiera de los condóminos. Ahora bien, esta situación no se da en el caso que analizamos. Los titulares de las cuotas no pueden solicitar la partición “en cualquier momento” pues ésta depende del fraccionamiento del predio, que se dará a través de la resolución municipal de habilitación urbana. La partición entonces es “automática” y se da por el solo cumplimiento de la condición, sin necesidad de nuevo título.

Otro aspecto es el referido a la calificación que el artículo 983 del Código Civil le da a la partición, esto es, se hace una *permuta*, es decir, los condóminos se transfieren recíprocamente los derechos sobre los bienes que no se les adjudican. Nos preguntamos si los adquirentes de las cuotas con referencia a un lote determinado tienen derechos sobre los demás lotes y en consecuencia puede hablarse de permuta en el sentido técnico del término. Salvo la realización de una acrobacia jurídica, francamente inútil en la práctica, la respuesta deberá ser negativa.

Finalmente, la habilitación urbana normalmente comprende la cesión de áreas de terreno para vías, y aportes al Estado para la provisión de servicios públicos complementarios, por lo que no puede hablarse de cesión y permuta de derechos entre condóminos en este caso, por la necesaria intervención de un tercero -El Estado- ajeno a la situación de copropiedad, cuyo favor se ha afectado parcialmente parte del terreno matriz

Así las cosas, se concluye que el negocio jurídico indirecto debe publicitarse tal como ha sido planteado por las partes, no es posible separarlos arbitrariamente ni tampoco hablar de “permuta” o “partición futura”, pues la situación de copropiedad es meramente instrumental y transitoria. La técnica de inscripción que se utilice puede ser de inscripción del negocio traslativo de la cuota en rubro “títulos de dominio” con la indicación de la correspondencia futura a determinado lote. O, se ha de considerar que se requiere del cumplimiento de una condición para la mutación jurídica de la

titularidad de la cuota en un lote determinado, en cuyo caso deberá de generarse un asiento aparte en el rubro de “cargas y gravámenes”.

Ahora bien, esta es la interpretación que asumimos en el actual estado de cosas y respecto de este tipo de negocios, en particular. No es posible sostener que en todos los negocios jurídicos indirectos deben de publicitarse los pactos o negocios fines, sino que esto deberá ser consecuencia del análisis de su relevancia jurídico real, así como de la verificación de la no contravención de normas de orden público. Como vimos cuando se estudió el fraude a la Ley, no existe impedimento legal para incorporar estos actos al Registro, tal como lo venimos planteando, pero ello no quiere decir que consideremos que esta situación deba de permanecer así.

Habida cuenta de que existe normativa urbanística que señala que los proyectos deben de contar con las correspondientes licencias, inscribir este tipo de actos sin requerimientos adicionales en sede registral no solo fomenta el incumplimiento de las normas, sino que, alimenta la informalidad imperante, por ello debe incorporarse como requisito en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, la presentación del cargo de recepción del ingreso del proyecto al Municipio correspondiente, con lo que se acredita que el tránsito de los derechos (cuota por lote) se está realizando dentro del marco legal vigente. Adicionalmente, puede solicitarse la declaración jurada con firmas certificadas notarialmente del propietario, así como del profesional responsable, en el sentido de culminar las obras conforme al proyecto. Esta inscripción puede generar además un “cierre registral”; esto es, el impedimento de la posterior inscripción de transferencias y/o gravámenes voluntarios, en tanto no se inscriba la aprobación y ulterior recepción de obras de la habilitación urbana.

Finalmente, la solución que planteamos pretende evitar que personas inescrupulosas y mafias se aprovechen de la publicidad “incompleta del registro”, con el fin de perjudicar a los verdaderos propietarios de los lotes. Se evita además las palmarias situaciones de injusticia que se viene generando en el registro, esto es, que se graven artificialmente todos los lotes individuales, cuando lo que corresponde es gravar únicamente el lote correspondiente a la cuota ideal afectada.

2.1.3.5. Negocio jurídico indirecto y ciudad informal

Se supone que el registro “formaliza”, “oficializa” una situación jurídica y la hace oponible. La doctrina suele repetir que el Registro publica la “verdad oficial”. Lo que notamos en el presente caso es que el Registro oficializa una “verdad a medias”, en buena cuenta, oficializa la informalidad. Ésta ha penetrado al Registro gracias a su creatividad y a un mal entendimiento de la función registral.

Sostenemos que a través del negocio Indirecto se vienen creando y/o expandiendo las ciudades en el Perú. Son asociaciones, promotoras o empresarios que deciden “urbanizar” sus predios, al margen del consentimiento y control de la autoridad estatal, la cual llega tardíamente sólo para consolidar lo ya hecho. Esto constituye una tradición que se refleja en las diversas normas de regularización dadas desde inicios del siglo XX, como relata Castro Pozo, y no sólo es característico de nuestro país, pues en México, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, entre otros países de América Latina, existen normas específicas de regularización de asentamientos informales²⁵, referidos a la ocupación no autorizada de terrenos públicos o privados, a la titulación individual de lotes, al reconocimiento de las construcciones e infraestructura urbana, etc.

Se puede decir que lo hecho en las urbanizaciones informales, en la generalidad de casos ingresados al Registro de Predios de Lima, respeta los planeamientos centrales ya que la actual normativa de COFOPRI, no permite regularizar urbanizaciones que los contravienen. En la anterior normativa, sin embargo, sí se permitía la aprobación e inscripción registral de asentamientos humanos que incumplían la legalidad urbanística, anotándose la correspondiente “carga” a ser subsanada posteriormente. Éstas eran de diversa intensidad: desde la ocupación en zonas de riesgo, intangibles o en patrimonio cultural, fenómeno que se da fundamental y no exclusivamente en la periferia de las capitales de Región.

²⁵ Puede verse, entre otros, el estudio realizado por Aline Costa B. y Agustín Hernández A. denominado Análisis de la situación actual de la regularización urbana en América Latina: La cuestión de la tenencia segura de los Asentamientos Informales entre realidades distintas: Brasil, Colombia y Perú. Disponible en <http://revistainvi.uchile.cl/>. Recuperado el 01/04/2020

Como sabemos, los padres intelectuales de la creación de COFOPRI y los mecanismos de regularización de la propiedad informal fueron De Soto, Ghersi y Ghibellini, quienes en “El otro sendero”, sostuvieron que existe un Perú informal que utiliza las reglas existentes para fines distintos a los previstos legalmente y crea otras propias. El estudio nos mostró los esfuerzos que realizan los actores para que su “normatividad extralegal” sea reconocida oficialmente. Se estudiaron los casos de las invasiones de terrenos, de la construcción y el transporte, informales. Sólo tangencialmente se ocupan de los fenómenos urbanísticos, aunque constituyen un importante antecedente. Nuestra investigación, se refiere a un caso concreto de urbanización informal que no fue analizado en ese importante estudio.

Ortiz de Zevallos sostuvo en “Urbanismo para sobrevivir en Lima” que los asentamientos informales traen como consecuencia nuevos problemas como la formación de nuevas brechas entre los ciudadanos de una misma ciudad, más exclusión, inexistencia de espacios públicos, hacinamiento, delincuencia, etc. La objeción que planteamos a la investigación de Ortiz de Zevallos es la contraposición de lo espontáneo con la planificación en las invasiones; pues hemos sostenido que lo espontáneo no significa ausencia de planificación sino sólo de aquella que es central y coactiva.

Ahora bien, los casos que analizamos no se circunscriben a urbanizaciones informales con fines únicamente de vivienda, o referidos a poblaciones vulnerables o marginadas. El espectro abarca también otros supuestos que constituyen emprendimientos de mayor envergadura, como urbanizaciones informales con fines comerciales, industriales o de recreación. No existe una respuesta desde el Estado para el saneamiento de estas situaciones.

Es necesario señalar que la mayoría de los casos vistos en el Registro se encuentran relacionados con urbanizaciones informales con fines de vivienda. Hay que añadir por tanto que este derecho: a la vivienda adecuada, se considera como uno fundamental sobre todo en su dimensión institucional, a tenor de lo establecido en la cláusula de derechos innominados previsto en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado, según el cual “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza

análoga o que se fundan en la dignidad del hombre...”. Y en concordancia con lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²⁶ . Esto es, el saneamiento de este tipo de situaciones informales trasciende al ámbito del Derecho puramente Civil, Urbanístico y Registral, pues se trata de la satisfacción de los derechos fundamentales a la propiedad y a la vivienda. De ahí la necesidad y urgencia de un tratamiento legislativo que proporcione soluciones novedosas a este problema. De otro lado, vemos como la situación generada en el Registro, hace que los derechos registrados se conviertan en “capital muerto”, es decir que no sirvan como activo en el mercado, en toda su magnitud. El saneamiento de esta situación, una vez inscrita la habilitación urbana, es muy complicada sino imposible. La consecuencia es que no pueden transferirse los lotes individualmente, ni se pueden ofrecer en garantía de préstamos, frustrando emprendimientos de toda índole; no se pueden declarar edificaciones ni constituir otros derechos reales, ni regímenes de propiedad exclusiva y común, por lo tanto, no se pueden independizar nuevas unidades, ni transferirlas ni gravarlas... Un círculo vicioso de inmovilismo económico, que perjudica la generación y circulación de la riqueza. Por el contrario, el reconocimiento de esta situación como un negocio jurídico indirecto y la formulación de nuevas formas de saneamiento, produciría la liberación de estos activos en el mercado, para que circulen generando un círculo virtuoso de intercambio que redundará en el bienestar de toda la sociedad.

Los siguientes casos registrados en el Registro de Predios, demuestran la recurrencia de los supuestos que venimos analizando:

1. **PARTIDA ELECTRÓNICA P01033576.** 1.-Denominación: Predio Rústico José Carlos Mariátegui. Parcela 47. Código Catastral 8 2758690 015006. Proyecto José Carlos Mariátegui, Carabayllo, Valle Chillón. 2.- Extensión: 2.6995 Ha. 3.- Cantidad de titulares: 94. 4.- Cantidad de transferencias de cuotas ideales: 96. 5.- Saneamiento a cargo de COFOPRI. 6.- Afectaciones o Gravámenes: 1 Demanda.

²⁶ Véase voto singular del magistrado Eto Cruz, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 00011-2010PI-TC.

2. **PARTIDA ELECTRÓNICA 11643312.** 1.- Denominación: Terreno denominado Sub Lote B situado en la Zona Norte Panamericana Norte (Vía Serpentín de Pasamayo) Ancón. 2.- Extensión: 65,145.67 m². 3.- Cantidad de transferencias de titulares: 22. 4.- Cantidad de transferencias de cuotas ideales: 13. 5.- No tiene Aprobación de habilitación Urbana. 6.- Afectaciones o gravámenes a cuotas ideales: Anotación de Demanda y Sentencia. Bien Integrante del Patrimonio Cultural de la Nación.
3. **PARTIDA ELECTRÓNICA P01008561.** 1.- Denominación: Predio Rural Caudivilla, Huacoy y Punchauca Número de Parcela 109. Proyecto Punchauca Valle de Chillón. 2.- Extensión: 30,000.00 m². 3.- Cantidad de titulares: 46. 4.- Cantidad de transferencias de cuotas ideales: 54. 5.- Habilitación Urbana: No tiene. 6.- Afectaciones o gravámenes a cuotas ideales: 2 Demandas; 3 Hipotecas; 2 Embargos; 1 Sentencia.
4. **PARTIDA REGISTRAL N° 43337963.** Predio matriz denominado Parcela N° 15 Unidad Catastral N° 11449 con un área de 3,020 Ha, Puente Piedra, en que se han inscrito hasta julio de 2019 más 40 transferencias de derechos y acciones. Los cotitulares representados en porcentajes inferiores al 1% y con indicación de su correspondencia en determinada parte material: lote y manzana.
5. **PARTIDA REGISTRAL N° P01044644.** Predio matriz rural denominado Chacra Grande y Santa Inés, parcela 22, con código catastral N° 10342, Carabayllo en que se han inscrito hasta julio de 2019 más de 90 transferencias de derechos y acciones, generando una copropiedad de 90 cotitulares la mayoría representada en porcentajes inferiores al 1% y con indicación de su correspondencia en determinada parte material: lote y manzana. Similar situación encontramos en los siguientes predios:

1. **PARTIDA REGISTRAL N° 7068361 T. 1529 FS 37.** Predio denominado Parcela del Fundo Puente Piedra en el distrito de Puente Piedra.

2. **PARTIDA REGISTRAL N° 49042955 FICHA 1152641.**

Predio denominado Fundo Copacabana, distrito de Puente Piedra.

3. **PARTIDA REGISTRAL N° 11055763.** Predio denominado Fundo El Asesor, distrito de Ate.

4. **PARTIDA REGISTRAL N° 44781700.** Predio denominado Parcela 10834 Fundo Rústico Pariachi, distrito de Ate.
5. **PARTIDA 45027317.** Predio ubicado en la Avenida Nicolas Ayllón 4233. Z. Industrial Sector 10, distrito de Ate.
6. **PARTIDA 7024979 T. 296 FS. 175.** Predio denominado Lote 21-22 Fundo La Estrella, distrito de Ate.
7. **PARTIDA 44274558. Ficha 215463.** Parcela de terreno denominado Sub Sector Uno-C uno que constituye parte del sector 1 de la matriz lado Oeste de la Lotización Puente. 61,274 m².

2.2. Presentación de la propuesta de solución del problema – postura personal con fundamento teórico

Sostenemos que la compraventa de cuotas ideales constituye un negocio jurídico medio o instrumental que sirve para poder acceder al registro y obtener la protección de otro negocio fin: la transferencia del lote. Esta es, y no otra, la finalidad económica que persiguen las partes, de ahí la necesidad de publicitar en el registro ambos negocios jurídicos. El programa contractual presentado corresponde a lo que la doctrina ha denominado negocio jurídico indirecto. La publicidad que viene brindando el Registro respecto de estos actos es parcial o incompleta: presenta un régimen de copropiedad típico o *pro indiviso* que no se corresponde con la voluntad manifestada de las partes y que a su vez genera derechos de propiedad artificiales.

Por otro lado, la utilización de negocios jurídicos indirectos revela la existencia de un orden jurídico informal. En realidad, se están transfiriendo lotes resultantes de urbanizaciones informales (sin autorización municipal). Separar radicalmente los negocios jurídicos contenidos en los contratos y negar la publicidad del negocio fin, sólo crea una realidad jurídica virtual que, paradójicamente, genera inseguridad jurídica y resta liquidez a los derechos de propiedad inscritos, lo que perjudica la economía en general. Por ello, nuestra propuesta consiste resumidamente en lo siguiente:

1. Cuando se presenten este tipo de contratos al Registro de Predios, se deberá publicitar en la relación de la cuota transferida con el correspondiente lote, esto, conforme al artículo 2019.4 del Código Civil, se debe de inscribir la

transferencia de la cuota ideal en el rubro títulos de dominio y la condición futura relativa a la correspondencia con el lote producto de la habilitación urbana.

2. La adjudicación del lote una vez inscrita la habilitación urbana es automática, y se da en mérito al mismo título de transferencia de la cuota, habida cuenta que se ha cumplido la condición resolutoria de la relación jurídica inscrita. No se requiere de la presentación de un nuevo título de división y partición otorgado por todos los cotitulares de cuotas.
3. Para el saneamiento de los extensos regímenes ya inscritos, proponemos la modificación del artículo 985 y 992 del Código Civil, la modificación del Decreto Supremo N° 031-99-MTC, así como la expedición de directivas al interior de la SUNARP que uniformicen el tratamiento de la calificación e inscripción de estos casos.

CAPITULO 3: CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Una vez publicitados los negocios medio y fin, conforme la doctrina del negocio jurídico indirecto, elaborada por Ferrara y Rubino, no se requiere de un acto posterior para conseguir los efectos plenos del negocio fin, sino la verificación del cumplimiento de la condición plateada inicialmente, esto es, de la inscripción de la habilitación urbana, ya sea en trámite ordinario, de regularización de habilitación urbana ejecutada o habilitado de oficio.

En el caso de las partidas matrices, en las que ya se han inscrito numerosas transferencias de cuotas ideales y se ha conformado un régimen de copropiedad sin hacer referencia a la instrumentalidad del negocio, la inscripción de la habilitación urbana no debe generar la automática independización de los lotes resultantes, pues según la técnica registral y el criterio imperante tanto en la primera como en la segunda instancia registral, la copropiedad publicitada en la partida matriz se trasladará a cada uno de los lotes independizados, lo cual constituye una distorsión de los términos contractuales y de la finalidad perseguida por las partes. Consecuencia de ello es que los titulares de las cuotas ideales se conviertan “artificialmente” en titulares de los cientos de lotes que resulta luego la habilitación. Dada esta situación, el registro solicita un nuevo instrumento público otorgado por todos los copropietarios que constituya el título de partición, lo cual en la generalidad de los casos resulta muy difícil sino imposible de conseguir (prueba diabólica). A esto suma el problema de que a cada partida se han trasladado las cargas y/o gravámenes correspondientes a las cuotas de todos los copropietarios, cuando lo que verdad se ha afectado es el correspondiente lote; en estos casos el registro exige la intervención de los acreedores, de los jueces o autoridades administrativas, según sea el caso.

Reconociendo y publicitando la existencia de dos negocios jurídicos vinculados de modo “indirecto” se abren nuevos caminos de solución al problema, los que pasan por la expedición de una nueva normativa que brinde uniformidad y seguridad a los operadores jurídicos, en el tratamiento de estos casos.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

El actual tratamiento de los contratos en sede notarial, registral e incluso judicial, consolida, sin proponérselo, un sistema generalizado de informalidad desde el propio Estado. Es en el Registro donde los derechos se publicitan de forma parcial e incompleta y donde se vienen generando derechos de propiedad artificiales. El costo del saneamiento de esta situación, supera muchas veces el valor del mismo predio (Arata). Asimismo, se resta liquidez a los verdaderos derechos de propiedad adquiridos y se encarece la contratación, lo que afecta a la economía en general.

Se generan también problemas de orden social, puesto que, en una urbanización informal, los derechos de propiedad al no ser claros generan marginalidad y discriminación. Es además una puerta abierta para que las mafias arrebaten y trafiquen con los derechos de terceros.

Publicitar los derechos como los venimos planteando es una manera de formalizar los derechos de propiedad, de ponerlos en circulación e insertarlos a la economía, lo que genera un círculo virtuoso de sano intercambio y que además acaba o, por lo menos reduce, un problema social.

Desde el punto de vista del Registro, es una manera de sincerar la información, de hacerla acorde con la realidad extraregistrar. Los mecanismos legales en los que se expresa la propuesta los exponemos más adelante.

CONCLUSIONES

1. La primera conclusión de nuestra investigación salta a la vista, las transferencias de cuotas ideales con referencia a una parte material del predio matriz son un caso de lo que la doctrina ha denominado “negocio jurídico indirecto”. No se trata de negocios simulados, pues no existe intención de “engañar” a terceros; tampoco puede hablarse de un acto anulable, ni confirmable en acto posterior.

La transferencia de la cuota ideal y su referencia a la futura adjudicación del lote como actos separables no permite entender adecuadamente el problema, aún si asumimos que el lote es un “bien futuro en formación” por falta de calificación jurídica de la autoridad administrativa. Este modo de ver las cosas viene afectando sensiblemente la seguridad jurídica pues se omite información relevante para la contratación de terceros, a la vez que se resta liquidez a los derechos inscritos en perjuicio del intercambio y la economía en general.

2. La legislación vigente permite publicitar ambos aspectos del esquema negocial planteado por las partes, a través de la inscripción concurrente de la transferencia de la cuota ideal, así como de la condición futura: recepción de obras de la habilitación urbana. La condición es una resolutoria y no suspensiva, y produce el efecto inmediato de la adjudicación del lote.

Sin perjuicio de lo expuesto, siendo el contrato de transferencia de la cuota ideal meramente instrumental, se hace imprescindible la publicidad de su vinculación con la futura adquisición del lote, pues ambos tienen vocación de oponibilidad.

3. Pese a que, desde la legislación se exige que una urbanización sea previamente “aprobada” con la licencia respectiva, antes de procederse a la venta, construcción y ocupación de los lotes, debemos de reconocer que, en los hechos, la regla no ha sido esa, Por el contrario, conforme lo expresado por Castro Pozo, esta es una manera ya tradicional de hacer ciudad en el Perú, en cuya legislación encontramos permanentemente normas de regularización de diversas situaciones de hecho.
4. Todo acto urbanístico genera efectos hacia terceros: positivos y negativos. Los propietarios que urbanizan sus predios rústicos se benefician de la

plusvalía que genera la actuación del Estado al recategorizarlos. Asimismo, fraccionamientos y usos no autorizados pueden provocar perjuicios que van desde la tugurización, la inseguridad y la exclusión. Es por ello que debe de existir un control previo, durante y posterior a la realización de los actos parcelación, subdivisión, urbanización, construcción etc. Es lo deseable, sin embargo, la realidad desborda esta visión “ordenada” de ciudad. Encontrar las causas de este problema social no ha sido parte de este estudio, sino revelar la existencia de una incoherencia en la interpretación que viene dando en la doctrina y jurisprudencia nacional, así como los operadores jurídicos, en los casos concretos planteados, para finalmente proponer una alternativa de solución.

RECOMENDACIONES

Luego de las conclusiones, proponemos las siguientes recomendaciones de orden normativo:

PROPUESTA No 1

MODIFICACION DEL ARTÍCULO 985 DEL CODIGO CIVIL, A FIN DE ELIMINAR LA PROHIBICION DE LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO, EN EL CASO DE COPROPIEDAD GENERADA COMO NEGOCIO INDIRECTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 985 del Código Civil, no está permitida la prescripción adquisitiva entre copropietarios. Textualmente dice lo siguiente:

Artículo 985.- La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes. La copropiedad a la que se refiere este artículo es una en sentido estricto (*pro indiviso*), en la que no existe posibilidad -de inicio- de conocer la parte material que corresponderá a cada uno de los cotitulares; y no aquella en la que es resultado de un negocio jurídico indirecto. Una vez cumplida la condición de la que dependen los efectos del negocio fin, no es posible seguir aplicando las reglas de la copropiedad, puesto que, habiéndose inscrito el fraccionamiento en nuevos predios individuales producto de la habilitación urbana, ya no cabe hablar de comunidad; por lo tanto, nada impide que, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para obtener un nuevo título por prescripción adquisitiva de dominio, sea en sede notarial o judicial, ésta pueda darse sin mayores inconvenientes.

La investigación evidencia que los propietarios de las cuotas ideales, extraregistralmente realizan actos posesorios sobre los lotes individuales de manera excluyente. No solo los ocupan, también pagan tributos al estado como titulares de lotes y no de cuotas; pagan servicios de agua, luz, telefonía, cable, internet, etc. haciendo referencia a los lotes individuales que ocupan. Incluso obtienen certificados de posesión de sus lotes. En este contexto, es razonable sostener que el régimen de copropiedad sólo existe tabularmente, de manera transitoria, para fines específicos de resguardo y oponibilidad del negocio ulterior. En la realidad -extraregistrally- cada copropietario es titular de un lote individual, pues el registro solo ha sido utilizado instrumentalmente.

No se trata de prescribir en contra de lo que dice la Ley, sino de interpretarla en su correcto sentido. Ahora bien ¿qué pasará con los gravámenes que afectaron otras cuotas ideales? La declaración de prescripción adquisitiva de dominio, en este caso, requiere de la previa declaración notarial o judicial de que nos encontramos ante una copropiedad instrumental producto de un negocio jurídico indirecto, pues esto constituye la justificación de la decisión (aparentemente en contra de lo que señala el referido artículo 985). Siendo así, no dudamos que, como consecuencia de la declaración de propiedad individual del lote, deben de levantarse las cargas y los gravámenes que le afectan innecesariamente; ello en la medida que dentro del procedimiento se garantice el derecho de defensa de los terceros que puedan sentirse afectados con la decisión notarial o judicial.

Pese a lo manifestado, es posible que notarios o jueces no compartan esta opinión, y que sostengan la tesis tradicional de la existencia de un régimen de copropiedad clásico, en el que por mandato del citado artículo 985 del código civil, no puede aplicarse la prescripción. Y es que la solución planteada es una que parte de la interpretación de las normas existentes y que, por lo tanto, no necesariamente será acogida por los operadores jurídicos: registradores, jueces y notarios.

Ante ello, se propone la modificación del artículo 985 del Código Civil, con el agregado de un párrafo, cuya redacción sería en el siguiente sentido:

Artículo 985.- La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.

La prohibición no se aplica en los casos de copropiedad generada instrumentalmente, a través de un negocio jurídico indirecto.

Lo cual implicaría, a su vez, la modificación del artículo 992, a fin de agregar un numeral, en el sentido siguiente:

Artículo 992°.- La copropiedad se extingue por:

6.- Prescripción de la parte material del bien común, en los casos de copropiedad generada instrumentalmente, a través de negocio jurídico indirecto.

De otro lado, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 27157, los notarios se encuentran autorizados para declarar la prescripción adquisitiva de dominio de predios urbanos, ya sea que dicha calidad haya sido aprobada en un procedimiento formal de habilitación urbana o lo sean “de hecho” (predios urbanos informales que se encuentren en zonas urbanas consolidadas).

Si bien La Ley 27157 se dio en el marco de los procedimientos para la regularización de edificaciones, no es necesario que los predios materia de prescripción cuenten con edificaciones por regularizar; así fue precisado en el artículo 5 k) de la Ley 27333, Ley Complementaria a la Ley 26662, Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la regularización de edificaciones, según la cual: “El presente trámite comprende también a la declaración de prescripción adquisitiva de dominio de terrenos ubicados en zonas urbanas que no cuenten con edificaciones”. No existe por tanto impedimento alguno para que el procedimiento se realice en sede notarial. Ahora bien, en el procedimiento regulado en la Ley 27157 y 27333, se prevé que es posible oponerse inmotivadamente al procedimiento, en cuyo caso se declara finalizado el procedimiento, frustrándose el saneamiento.

Para el presente caso, proponemos que además se incorpore un párrafo al inciso g) del artículo 5° de la Ley 27333, para indicar que la oposición será aceptada si se funda en la adquisición de una cuota representativa del mismo lote o de algún acto jurídico vinculado al predio materia de prescripción. La propuesta es la siguiente:

En el caso de prescripción adquisitiva de un predio adquirido a través de un contrato de compra venta de cuotas ideales, como negocio jurídico indirecto, la oposición será aceptada únicamente si se funda en la adquisición de una cuota representativa del mismo lote o de algún acto jurídico vinculado al él.

PROPUESTA No 2

MODIFICACION DEL DECRETO SUPREMO N°031-99-MTC QUE APRUEBAN REGLAMENTO DE FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INFORMAL EN URBANIZACIONES POPULARES

Los casos que venimos planteando, califican dentro del concepto de “Urbanización Popular” previsto en el Decreto Supremo N° 031-99-MTC, sin embargo, cuando una

de estas urbanizaciones de hecho pretende acogerse a los procesos de saneamiento dirigidos por COFOPRI, se encuentra con que se encuentra legitimada a la copropiedad inscrita en los Registros Públicos (independientemente de la referencia al lote en los títulos archivados), lo cual constituye un impedimento para la realización del saneamiento, por no contar con herramientas legales que le permitan continuar el saneamiento, se exige por tanto el otorgamiento de un nuevo título de partición otorgado por todos los cotitulares, lo que, hemos señalado, consideramos un caso de prueba diabólica.

El instrumento fundamental para el saneamiento de la propiedad informal que utiliza COFOPRI, es la prescripción adquisitiva de dominio. Sostenemos que modificándose los artículos 985 y 992 del Código Civil, se abre la posibilidad de que la declaración de la prescripción adquisitiva de dominio sea realizada también en sede administrativa. A fin de cuentas, de lo que se trata es de declarar la propiedad de quien ya lo es. En el caso de COFOPRI, los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio son el fundamento del saneamiento en el caso de los Asentamientos Humanos, resolviendo incluso las oposiciones que pudieran formularse.

Por ello, consideramos además que debe modificarse el artículo 8° del Decreto Supremo N° 031-99-MTC, referido al Proceso 2, Formalización Individual, incorporándose un párrafo en el sentido siguiente:

En el caso de Urbanizaciones Populares cuya titularidad registral se encuentre sujeta a un régimen de copropiedad utilizada como negocio jurídico indirecto para la adquisición final de lotes individuales, COFOPRI podrá iniciar el correspondiente procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio que culminará con la titulación individual. La oposición que pudiera formularse deberá ser motivada y será resueltas por la instancia correspondiente.

PROPUESTA N° 3

APROBACION DE UNA DIRECTIVA SUNARP QUE RECONOZCA LA EXISTENCIA DE NEGOCIOS JURIDICOS INDIRECTOS EN LA PARTIDA MATRIZ Y ESTABLEZCA UN PROCEDIMIENTO QUE DE UNIFORMIDAD A SU TRATAMIENTO REGISTRAL.

El problema que venimos planteado relativo a un régimen transitorio e instrumental de copropiedad es uno generado en el Registro, pues se debe a la interpretación adoptada por los Registradores Públicos y el Tribunal Registral, de manera uniforme. Por ello, es posible plantear una solución desde la propia institución registral. El artículo 10 de la Ley 26636, Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos, establece lo siguiente:

La Superintendencia tiene por objeto dictar las políticas y normas técnicoadministrativas de los Registros Públicos estando encargada de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional. Asimismo, está habilitada para regular procedimientos administrativos de inscripción registral y sus requisitos que incluye también establecer plazos del procedimiento registral.

Esto es, la SUNARP tiene una potestad normativa a través de la cual puede establecer procedimientos de actuación en los casos de partidas matrices sujetas a copropiedad como negocio indirecto. Ahora bien, pueden presentarse diferentes situaciones, las que requieren de tratamiento diferenciado, por ejemplo:

PARTIDAS MATRICES NUEVAS EN LAS QUE AUN NO SE HAN INSCRITO TRANSFERENCIAS DE CUOTAS IDEALES

Si se trata de partidas matrices nuevas en las que se pretende inscribir transferencias de cuotas ideales con referencia a una parte material específica, que debe ser un lote producto de una habilitación urbana, se deberá publicitar ambos negocios jurídicos, tanto el real como el obligacional, puesto que se encuentran vinculados y el segundo tiene vocación de oponibilidad por mutar a un derecho real al cumplirse la condición. Así, los terceros estarán debidamente informados de la real intención de las partes, así como de los alcances del negocio celebrado.

Existe normativa urbanística que señala que los proyectos deben de contar con las correspondientes licencias; por ello, a fin de fomentar el cumplimiento de las normas urbanísticas, para la inscripción de este tipo de actos debe incorporarse como requisito en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, la presentación

del cargo de recepción de la presentación del proyecto al Municipio correspondiente, que acredite que se está cumpliendo con dicho trámite, además de la declaración jurada con firmas certificadas notarialmente del propietario así como del profesional responsable del proyecto, en el sentido de culminar las obras conforme a dicho proyecto.

Debe de considerarse además que la inscripción de la transferencia de la cuota ideal se realiza en el rubro “títulos de dominio”, mientras que los pactos sobre la correspondencia de la cuota con el lote, deberá de hacerse en el rubro “cargas y gravámenes”. Esta inscripción deberá generar además un “cierre registral”; esto es, el impedimento de la posterior inscripción de transferencias y/o gravámenes voluntarios, en tanto no se inscriba la aprobación y ulterior recepción de obras de la habilitación urbana, a fin de no constituya como un incentivo del incumplimiento de la normativa urbanística.

Debemos señalar, además, que con esta solución se evita que personas inescrupulosas y mafias se aprovechen de la publicidad “incompleta del registro”, con el fin de perjudicar a los verdaderos propietarios de los lotes. Se evita además las palmarias situaciones de injusticia que se viene generando en el registro, esto es, que se graven artificialmente todos los lotes individuales, cuando lo que corresponde es gravar únicamente el lote correspondiente a la cuota ideal afectada.

PARTIDAS MATRICES EN LAS QUE SE HAN INSCRITO TRANSFERENCIAS DE CUOTAS IDEALES, PERO NO SE HA INSCRITO LA HABILITACION URBANA EN NINGUNA DE SUS ETAPAS.

Es el caso en el que en la partida matriz se han inscrito transferencias de cuotas ideales o de porcentajes de acciones y derechos, sin hacer ninguna referencia a la correspondencia con el lote. En este caso se propone que, a solicitud de la mayoría absoluta de copropietarios se extienda un asiento que resuma los porcentajes de cuotas ideales transferidas con su correspondencia a determinado lote, a fin de que posteriormente, se proceda con la publicidad de ambos negocios jurídicos, tanto el real como el obligacional sujeto a condición.

Mientras se encuentre en trámite el título de regularización del asiento resumen, no podrá realizarse inscripciones en la partida. Los títulos que posteriormente se presenten deberán de adecuarse a lo publicitado en el asiento resumen.

Los plazos para calificación e inscripción del título para la regularización de la publicidad del negocio indirecto y su correspondencia con el negocio fin, deberá ser especiales, dada su complejidad y extensión, pues debe de tenerse en cuenta que se deben de revisar todos los títulos archivados correspondientes a las transferencias de cuotas ideales, así como de las cargas, gravámenes y demás inscripciones.

PARTIDAS MATRICES EN LAS QUE SE HAN INSCRITO TRANSFERENCIAS DE CUOTAS IDEALES, Y POSTERIORMENTE SE HA INSCRITO LA HABILITACION URBANA EN PRIMERA ETAPA

En estos casos puede darse las siguientes situaciones:

- Que se haya inscrito la aprobación de la habilitación urbana en la partida matriz y no se haya generado la preindependización de los lotes, en cuyo caso deberá de procederse de la siguiente manera: habiéndose cumplido parcialmente la condición para la mutación jurídica del objeto materia del negocio, cuota ideal por lote individual (pues lo que se ha inscrito en este caso es la aprobación del “proyecto de habilitación urbana”), estamos en condiciones de preindependizar los lotes a favor de cada uno de los titulares de los correspondientes lotes, conforme los contratos, y no a favor de todos los “copropietarios”. De la misma forma, a cada lote se trasladarán únicamente los gravámenes que refieran a su correspondiente cuota.

En este caso podría darse una situación especial, esto es, que se hayan transferido diferentes cuotas ideales con referencias al mismo lote. El criterio imperante en el registro, de separación radical de los negocios, permite que esto suceda, ya que sólo se califica el negocio real: transferencia de cuota ideal, la correspondencia con el lote no se toma en cuenta, incluso se dice que, siendo un proyecto futuro, esta correspondencia podría variar. En este caso particular, consideramos que debe de utilizarse la figura jurídica de la “suspensión” de la inscripción, esto es, se preindependizan todos los lotes, excepto en el caso en los que se dan esta situación irregular o atípica, hasta

que se otorgue nuevo título con la participación de todos los intervinientes aclarando los alcances de los actos celebrados.

- Que se haya inscrito la aprobación de la habilitación urbana en la partida matriz y se hayan preindependizado los lotes a favor de todos los copropietarios y trasladado a todas las partidas, todas las cargas y los gravámenes. Consideramos que debe procederse de la siguiente manera: Habiéndose cumplido parcialmente la condición para la mutación jurídica del objeto materia del negocio, cuota ideal por lote individual (pues lo que se ha inscrito en este caso es la aprobación del “proyecto de habilitación urbana”), la preindependización de los lotes no debió realizarse a favor de todos los “copropietarios”, sino a favor de cada uno de los titulares de los correspondientes lotes, conforme los contratos; tampoco debieron trasladarse las cargas y los gravámenes a todas las partidas preindependizadas correspondientes a todos los lotes. Conforme la tesis que venimos sosteniendo, nos encontramos frente a un error de concepto, por una incorrecta interpretación de los títulos, error que puede corregirse conforme lo establecido en el artículo 83 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, esto es, en mérito a los mismos títulos archivados.

Los titulares de cada lote podrán solicitar la rectificación del error a fin de que se les considere como únicos titulares de sus lotes preindependizados, sin necesidad de recurrir a un nuevo título otorgado por todos los supuestos copropietarios.

Nótese que en este caso se ha llegado al extremo de hacer a los “copropietarios” titulares de todos los lotes, cuando en las declaraciones originales nunca se manifestó esta voluntad, sino todo lo contrario, se indicó que cumplida la habilitación urbana (la aprobación es la etapa previa) serán propietarios única y exclusivamente de cada uno de sus lotes. Como puede verse, por una errónea interpretación literal y extremadamente dogmática de las instituciones del derecho civil y registral se están “inventando” derechos que no se corresponden con los títulos. Es necesario indicar además que este es el caldo de cultivo perfecto para que organizaciones criminales se aprovechen de esta

situación irregular y pretendan afectar derechos de terceros y despojar a los verdaderos propietarios de los lotes.

En este caso puede darse el caso de afectaciones de cargas y gravámenes por expreso mandato judicial o de entidades administrativas a lotes específicos. En estos casos, si de la revisión de los títulos se advierte claramente la correspondencia de la cuota con el lote, la afectación debe trasladarse a la partida que le corresponda, ello no constituye en modo alguno desnaturalización del mandato judicial o administrativo; en este caso deberá de comunicarse al juzgado o entidad administrativa el acto registral realizado. Ahora bien, es posible que de los archivos no pueda concluirse claramente la correspondencia de la cuota con el lote, en cuyo caso no corresponde trasladar las afectaciones, sino mantenerlas en la partida del lote individual, requiriéndose mandato expreso de la autoridad judicial y/o administrativa.

PARTIDAS MATRICES EN LAS QUE SE HAN INSCRITO TRANSFERENCIAS DE CUOTAS IDEALES, Y POSTERIORMENTE SE HA INSCRITO LA HABILITACION URBANA DEFINITIVA O HABILITACION URBANA DE OFICIO

En este caso, el procedimiento deberá ser similar al indicado para el caso anterior, pues habiéndose inscrito definitivamente la habilitación urbana, no cabe hacer referencia a copropiedad alguna, puesto que ella se ha extinguido conforme a la voluntad manifestada por las partes desde el contrato inicial. Como hemos venido manifestando, siguiendo la doctrina de FERRARA y RUBINO, no se requiere de un acto posterior para la eficacia plena del negocio fin.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Albadalejo, M. (2005) La Simulación. Editorial EDISOFER S.L. Madrid.
- Alessandri, R. A., Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. (2015) Tratado de los Derechos Reales – Bienes- Tomo Primero. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Alvarez J. (1986) Curso de Derechos Reales Tomo I. Primera edición. Editorial Civitas S.A. Madrid.
- Alvarez J. (2006) Derecho Inmobiliario Registral. Segunda Edición. Editorial Comares S.L. Granada.
- Anuario de derecho registral iberoamericano. (2018) Editorial Praeter Legem. Callao.
- Arata, M. (2009). La Copropiedad en el Derecho Peruano. Gaceta Jurídica. Lima
- Arcos F. (2000). La Seguridad Jurídica. Una teoría formal. Ed. Universidad Carlos II. Madrid:
- Arias-Schreiber, Max. (1996). Los Contratos Modernos Tomo II, Gaceta Jurídica Editores.
- Arias-Schreiber, Max. (1996). Exegesis del Código Civil de 1984 Tomo II, Gaceta Jurídica Editores. Lima.
- Armas, F. (2014), La Invención de la Propiedad, Valle del Rímac siglos XVI-XX. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima.
- Arruñada, B. (2004) Sistemas de Titulación de Propiedad. Primera Edición. Palestra Editores S.A.C. Lima.
- Azpitarte, J. (2018) Urbanismo y Libertad. Unión Editorial S.A. Madrid

Arnaiz, R. (2010). Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad. Editorial Arazandi S.A.

Bueno, R. (1987) Fundamentos del Derecho Urbanístico en Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá.

Cano C. (1992) Manuel de Derecho Hipotecario. Segunda Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid.

Carceller, A. (1989), Instituciones del Derecho Urbanístico. Editorial Montecorvo S.A. Madrid.

Cariota, L. (1956), El Negocio Jurídico. Traducción de Manuel Albaladejo. Editorial Jurídica Aguilar.

Castro-Pozo, H. (2007) Derecho Urbanístico. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima.

De Castro, F. (1971). Derecho Civil de España. Tomo III. Editorial Arazandi. Primera Edición, Navarra.

De la Puente y Lavalle M. (1999). Estudio sobre el contrato de compra venta, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

Diez-Picazo, L. (1990) Sistema de Derecho Civil Tomo III. Quinta Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid.

Duguit, L. (1975) Las transformaciones del Derecho (Público y Privado). Editorial Heliasta S.R.L.

Erenberg, V. (2003). Seguridad Jurídica y Seguridad del Tráfico. Traducción de Antonio Pau. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid.

Espinoza, J. (2011). Acto Jurídico Negocial, Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Lima.

Ferrara, F. (1960) La Simulación de los Negocios Jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción de Rafael Atard y Juan A. De la Puente. Madrid

Gagliardo, M. (2008) Simulación Jurídica. Primera edición. Editorial La Ley. Buenos Aires.

Galvis, F. (2014) Manuel de Derecho Urbanístico. Editorial Temis S.A. Bogotá

Garcia M. (1979). Instituciones de Derecho Civil -Parte General- Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid.

Garcia de Enterria, E. (2009). La Lengua de los derechos. Editorial Arazandi S.A. Tercera Edición. Navarra.

Guevara, R. (1998) Derecho Registral. Tomo III. Gráfica Horizonte S.A. Lima.

Grossi, P. (1986). Historia del Derecho de Propiedad, la irrupción del colectivismo en la conciencia europea. Editorial Ariel. Barcelona.

Hayek, F. (2019) Fundamentos de la Libertad. Décima Edición Traducción de José Vicente Torrente. Unión Editorial S.A. Madrid

Ihering, R. (1960) El Fin en el Derecho. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires.

Leoni, B. (2010) La Libertad y la Ley. Unión Editorial S.A.

Mendez, F. (2011) Fundamentación Económica del Derecho de Propiedad Privada e Ingeniería Jurídica del Intercambio Impersonal. Primera Edición. Editorial Arazandi S.A. Navarra.

Mendez, F. (2017) La Función de la Fe Pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Mendoza del Maestro, G. (2017) Comentarios a los precedentes y acuerdos del Tribunal Registral. Primera Edición, Editorial Praeter Legem. Lima.

Medina de Lemus, M. (1995). La propiedad Urbana y el aprovechamiento urbanístico. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid.

Merryman, J. (2009). La Tradición Jurídica Romano-Canónica. Fondo de Cultura Económica. México.

Morales R. (2006) Estudios sobre Teoría General del Contrato. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima.

Muñoz, M. (2009) El Derecho de Propiedad del Suelo: De la Constitución a la Ordenación Urbana. Primera Edición, Editorial Arazandi S.A.

Ortiz de Zevallos, A. (1992) Urbanismo para Sobrevivir en Lima. Primera Edición. Editorial Pacific Press. Lima.

Pau Pedron, A. (2003). Segunda edición Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

Perez, E. (2008) Las Cotitularidades sobre bienes inmuebles. Segunda Edición Editorial Boch S.A. Barcelona.

Romero E. (1950). Derechos Reales Tomos I y II, segunda edición.

San Emeterio M. (2005). Sobre la Propiedad, el concepto de la propiedad en la edad moderna. Editorial Tecnos. Madrid

Santos, R. y Castelao, J. (2008). Derecho Urbanístico. Séptima Edición. La Ley. Madrid.

- Stolfi, G. (1959) Teoría del Negocio Jurídico. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Taboada, L. (2018) La Causa del Negocio Jurídico. Segunda Edición. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Torres, M. (2002). Estudios sobre el contrato de compra venta (Parte II) “La compraventa de bienes futuros”, Editorial Jurídica Grijley, Lima.
- TorreS, A. (1998). Acto Jurídico. Editorial San Marcos. Lima.
- Torrens, R. R. (2011), Un Ensayo sobre la transmisión de Inmuebles por medio del Registro. Editorial Aranzadi. Madrid.
- Varsi, E. (2017). Tratado de Derechos Reales, Tomo I. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima
- Velasquez, L. (2008) Bienes. Undécima Edición. Legis S.A. Medellín
- Westermann, H., Westermann H., Heinz, K. y Eickmann D. (1998) Derechos Reales, Tomos I y II. Fondo Cultural del Notariado. Sétima. Edición. Madrid.

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS PRINCIPAL
¿Son en realidad negocios jurídicos indirectos las transferencias de cuotas ideales de predios rústicos con cláusulas obligacionales o de partición futura, que se utilizan como medio para acceder al Registro y dar seguridad jurídica indirecta- a la adquisición de lotes o partes materiales del predio?	Demostrar que las transferencias de cuotas ideales en habilitaciones urbanas informales constituyen negocios jurídicos indirectos que buscan la protección registral indirecta de la adquisición del lote.	Las transferencias de cuotas ideales en predios rústicos no habilitados formalmente son negocios indirectos, puesto que, el resultado jurídico y económico que se busca no es el típico de la figura jurídica utilizada. El régimen formal de copropiedad que se constituye es transitorio y <i>pro diviso</i> .
PROBLEMA SECUNDARIO	OBJETIVO ESPECIFICO	HIPOTESIS SECUNDARIA
Si la copropiedad generada como consecuencia de las sucesivas transferencias constituye una situación jurídica instrumental y transitoria ¿debe publicitarse como tal en el Registro?	Demostrar que debe publicitarse la copropiedad como una situación instrumental y transitoria.	Es necesaria la publicidad de la situación instrumental y transitoria del régimen de copropiedad, a través de la vinculación de la cuota con el lote.
¿La actual legislación permite la publicidad de la transferencia de cuotas, así como de su referencia o vinculación a un lote o parte material de la matriz?	Demostrar que, sí es posible publicitar la transferencia de la cuota y su vinculación con el lote.	La actual legislación civil y registral permite la publicidad de la cuota y su vinculación con el lote, a través de su inscripción como condición futura.
¿Son los negocios jurídicos indirectos un mecanismo de	Demostrar que los negocios jurídicos indirectos son	Los negocios jurídicos indirectos constituyen
Creación y/o expansión de las habilitaciones urbanas informales?	Instrumentos de utilización masiva y tradicional en la formación y expansión de las ciudades.	mecanismos “informales” mediante el cual se viene creando y/o expandiendo la ciudad (habilitaciones urbanas informales)

Gráficos

PARTIDA 44274558. Ficha 215463. Parcela de terreno denominado Sub Sector UnoC uno que constituye parte del sector 1 de la matriz lado Oeste de la Lotización Puente.

61,274 m².

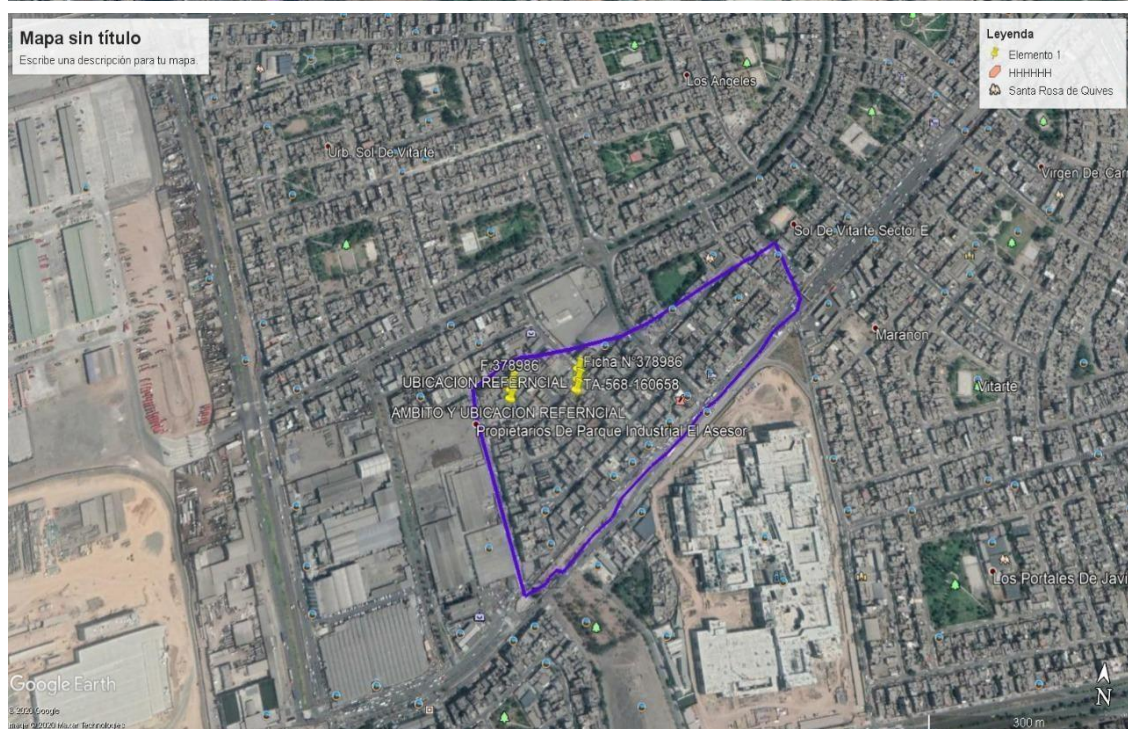
INMUEBLE SEGÚN EL REGISTRO PUBLICO



INMUEBLE SEGÚN LA REALIDAD



PARTIDA REGISTRAL FICHA N° 378986. Predio denominado Fundo El Asesor, distrito de Ate.



PARTIDA REGISTRAL N° 7068361 T. 1529 FS 37. Predio denominado
Parcela del Fundo Puente Piedra en el distrito de Puente Piedra.



PARTIDA REGISTRAL N° P01044644. Predio matriz rural denominado Chacra Grande y Santa Inés, parcela 22, con código catastral N° 10342, Carabayllo en que se han inscrito hasta julio de 2019 más de 90 transferencias de derechos y acciones, generando una copropiedad de 90 cotitulares la mayoría representada en porcentajes inferiores al 1% y con indicación de su correspondencia en determinada parte material: lote y manzana.



ANEXO:**DATA INGRESOS DE TRANSFERENCIAS DE ALICUOTAS DURANTE
LOS AÑOS 2015-2019**

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y
hombres” “Año de la Universalización de la Salud”

MEMORANDUM N° 909-2020-SUNARP-Z.R. N° IX-UTI

A : SUSANA VASQUEZ HUAPAYA

Jefe de la Unidad de Administración (e)

ASUNTO : Acceso a la Información

REFERENCIA : HT N° 09 01-2020 - 025120

FECHA : Octubre 30 del 2020

Sirva el presente para comunicarle que, habiéndose recibido el requerimiento del ciudadano JACKSON ALARCÓN LLANGE, quien solicita información sobre la cantidad de títulos presentados y asignados a las secciones 18, 19 y 23 del Registro de Predios de Lima, con el acto de COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS, entre los años 2015 al 2019, le informo que se ejecutaron los procedimientos de búsquedas en la base de datos del SIR obteniendo los resultados que se muestran en el reporte siguiente.

N°	OFICINA	AÑO	SECCION	ACTO	CANTIDAD
1	OFICINA LIMA	2015	21018 - DECIMO OCTAVA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	123
2	OFICINA LIMA	2015	21019 - DECIMO NOVENA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	928
3	OFICINA LIMA	2015	21023 - VIGESIMA TERCERA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	1449
4	OFICINA LIMA	2016	21018 - DECIMO OCTAVA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	370

5	OFICINA LIMA	2016	21019 - DECIMO NOVENA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	885
6	OFICINA LIMA	2016	21023 - VIGESIMA TERCERA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	388
7	OFICINA LIMA	2017	21018 - DECIMO OCTAVA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	266
8	OFICINA LIMA	2017	21019 - DECIMO NOVENA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	593
9	OFICINA LIMA	2017	21023 - VIGESIMA TERCERA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	441
10	OFICINA LIMA	2018	21018 - DECIMO OCTAVA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	214
11	OFICINA LIMA	2018	21019 - DECIMO NOVENA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	536
12	OFICINA LIMA	2018	21023 - VIGESIMA TERCERA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	400
13	OFICINA LIMA	2019	21018 - DECIMO OCTAVA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	294
14	OFICINA LIMA	2019	21019 - DECIMO NOVENA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	552
15	OFICINA LIMA	2019	21023 - VIGESIMA TERCERA	COMPRA VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS	416

Atentamente,

EDSON DAVID ROJAS SANCHEZ

Jefe Unidad de Tecnologías de la Información (e)

Zona Registral N° IX – Sede Lima

ERS/ccv

UTI-1729

Zona Registral N° IX – Sede Lima

Av. Edgardo Rebagliati N° 561 – Jesús María - Lima / Teléfono: 311-2360

www.sunarp.gob.pe